

N. 01211/2010 REG.SEN.
N. 00211/2009 REG.RIC.



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 l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 211 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Stabile Generale Appalti Pubblici Società Consortile a r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Ettore Notti ed Antonio Boschetti, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale del Vastese (Co.A.S.I.V.), rappresentato e difeso dagli avv. Giulio Cerceo e Lorenzo Falorio, con domicilio eletto presso Giulio Cerceo in Pescara, via G. D'Annunzio, 142;

nei confronti di

Nuova Co.Ed.Mar. Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Eleuterio Simonelli, con domicilio eletto presso Guido Cappuccilli in Pescara,

via Campobasso 18;

per ottenere

- l'annullamento degli atti con i quali la parte ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara aperta indetta dal Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale del Vastese per l'affidamento dei lavori di "*Riqualficazione e potenziamento delle infrastrutture portuali del Porto di Punta Penna*"; nonché degli atti presupposti e connessi, tra cui il verbale del 31 marzo 2009 della Commissione di gara, e la deliberazione 2 settembre 2009, n. 3, con la quale il Commissario Regionale del Consorzio ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara all'impresa Nuova CO.ED.MAR. s.r.l.;
- il riconoscimento del diritto del ricorrente all'aggiudicazione dei lavori o, in subordine, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale del Vastese Co.A.S.I.V. e di Nuova Co.Ed.Mar. Srl;

Viste le ordinanze collegiali 7 maggio 2009, n. 161, e 18 giugno 2009, n. 181, con le quali sono state respinte le domande incidentali di sospensione dei provvedimenti impugnati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2010 il dott. Michele Eliantonio e uditi gli avv.ti Cerceo Giulio e Falorio Lorenzo per il Consorzio resistente e l'avv. Simoncelli Eleuterio per la società controinteressata; nessuno presente per la parte ricorrente; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Stabile Generale Appalti Pubblici (G.A.P.) ha partecipato alla gara indetta dal Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale del Vastese per l'affidamento dei lavori di "*Riqualificazione e potenziamento delle infrastrutture portuali del Porto di Punta Penna*", da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso, ed è stato collocato al secondo posto della relativa graduatoria.

Dopo che la partecipante collocata al primo posto di tale graduatoria era stata esclusa dalla gara per l'anomalia dell'offerta, la Commissione di gara nella seduta del 31 marzo 2009 ha ritenuto anomala anche l'offerta presentata dall'attuale ricorrente.

Con il ricorso in esame il consorzio GAP è insorto dinanzi questo Tribunale avverso tale atto di esclusione, deducendo le censure di violazione degli artt. 86, 88 e 89 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, della L.7 agosto 1990, n. 241, dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 55 della direttiva 2004/18/CE e 30.4 della direttiva 93/97, e di eccesso di potere per sviamento del giusto procedimento, per omessa valutazione di tutti gli elementi forniti, per difetto di motivazione e

per illogicità manifesta.

Una volta conosciuto tale verbale della Commissione di gara della seduta del 31 marzo 2009 ha, con motivi aggiunti, dedotto che l'esclusione non era stata disposta "in contraddittorio" con la ricorrente, ma in una seduta riservata. Inoltre, ha evidenziato che l'anomalia dell'offerta era stata fatta derivare, in maniera rilevante, dal costo eccessivamente basso del materiale lapideo indicato nel preventivo della ditta Mansi, che aveva da tempo cessato l'attività; in realtà, non si è considerato che tale ditta continua ad eseguire il trasporto di detto materiale e che la ricorrente aveva evidenziato che tali costi erano stati confermati non solo dalla cava di estrazione di Sannicandro Garganico, ma anche da una cava più vicina di Apricena. La valutazione dell'anomalia dell'offerta effettuata dal RUP in assenza di contraddittorio è, in definitiva, inficiata relativamente alla correttezza sia dell'iter logico seguito, che dell'impianto motivazionale, dell'esattezza dei presupposti di fatto e delle regole tecniche applicate; in particolare, una ridotta percentuale di utile (2%) non può determinare di certo l'anomalia dell'offerta, inoltre, non sono stati adeguatamente considerati gli elementi indicati dalla ricorrente per evidenziare la sostenibilità dell'offerta, né l'offerta è stata considerata nella sua globalità.

Con motivi aggiunti ha, infine, esteso l'impugnativa nei confronti della deliberazione 2 settembre 2009, n. 3, del Commissario Regionale del Consorzio di aggiudicazione definitiva della gara all'impresa

Nuova CO.ED.MAR. s.r.l.

Il Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale del Vastese si è costituito in giudizio e con memorie depositate l'8 maggio il 16 giugno ed il 22 dicembre 2009 ed il 21 settembre 2010 ha pregiudizialmente eccepito l'inammissibilità delle doglianze volte a censurare la congruità delle valutazioni effettuate, l'inammissibilità per mancanza di alcune pagine dei primi motivi aggiunti e la tardività e l'inammissibilità per tardivo deposito dei motivi aggiunti; nel merito, ha poi diffusamente confutato il fondamento delle censure dedotte.

Si è anche costituita in giudizio la società Nuova CO.ED.MAR. s.r.l., che con memorie depositate il 14 dicembre 2009 ed il 5 ottobre 2010, dopo aver eccepito la tardività dei secondi motivi aggiunti, ha anch'essa difeso la legittimità degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 4 novembre 2010 la causa è stata trattenuta a decisione.

.

DIRITTO

1. - Il ricorso in esame – come sopra esposto – ha per oggetto il verbale del 31 marzo 2009 della Commissione di gara di esclusione della parte ricorrente dalla procedura di gara aperta indetta dal Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale del Vastese per l'affidamento dei lavori di *“Riqualificazione e potenziamento delle infrastrutture portuali del Porto di Punta Penna”*; sono stati, altresì,

impugnati tutti gli atti presupposti e connessi, tra cui, la deliberazione 2 settembre 2009, n. 3, con la quale il Commissario Regionale del Consorzio ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara ad altra impresa (la società Nuova CO.ED.MAR. s.r.l.).

Tale ricorso, va subito precisato, è privo di pregio e tale circostanza può dispensare il Collegio dall'esaminare analiticamente le eccezioni di rito dedotte dalle parti resistenti, che sono, peraltro, prive di pregio. Il ricorso in questione non risulta, infatti, inammissibile in quanto le censure dedotte non sono volte a censurare la congruità delle valutazioni effettuate, né risulta tardivamente proposto; mentre l'inammissibilità per la mancanza di alcune pagine dei primi motivi aggiunti nell'atto notificato all'Amministrazione resistente, dovuta a mero errore materiale, è stata oggi sanata dalla piena conoscenza in corso di giudizio dell'atto in questione e dal fatto che le pagine mancanti non rendono incomprensibile l'atto notificato, così che la resistente ha potuto esercitare esaurientemente le proprie difese.

2. - Con il ricorso e con i motivi aggiunti la parte ricorrente si è nella sostanza lamentata delle seguenti circostanze:

- a) che l'esclusione non era stata disposta "in contraddittorio" con la ricorrente, ma in una seduta riservata;
- b) che l'anomalia dell'offerta era stata fatta derivare, in maniera rilevante, dal costo eccessivamente basso del materiale lapideo indicato nel preventivo della ditta Mansi, che aveva da tempo cessato l'attività, mentre, in realtà, non si era considerato che tale ditta aveva

continuato ad eseguire il trasporto di detto materiale e che la ricorrente aveva evidenziato che tali costi erano stati confermati non solo dalla cava di estrazione di Sannicandro Garganico, ma anche da una cava più vicina di Apricena;

c) che l'atto impugnato non era corretto quanto all'*iter* logico seguito, all'impianto motivazionale e all'esattezza dei presupposti di fatto e delle regole tecniche applicate; in particolare, è stato evidenziato che una ridotta percentuale di utile (2%) non avrebbe potuto determinare l'anomalia dell'offerta, che non erano stati adeguatamente considerati gli elementi indicati dalla ricorrente per evidenziare la sostenibilità dell'offerta e che l'offerta non era stata considerata nella sua globalità.

Tale doglianze, come già detto, non sono fondate.

3. - Quanto alle censure sopra indicate alla lettera a), va ricordato che gli artt. 87 ed 88 del codice dei contratti pubblici disciplinano analiticamente il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Tali articoli dispongono testualmente:

- che la stazione appaltante debba richiedere all'offerente *“le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima”* (art. 87);

- che tale richiesta di giustificazioni debba essere formulata per iscritto ed *“indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili”* (art. 88, n. 1);

- che all'offerente sia *“assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste”* (art. 88, n. 2);
- che la stazione appaltante, anche mediante una commissione, debba esaminare *“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”* (art. 88, n. 3);
- ed, infine, 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”* (art. 88, n. 4).

Tali disposizioni, come sembra evidente, tendono a garantire una piena ed adeguata partecipazione del concorrente al sub procedimento di verifica dell'anomalia.

Ciò detto, va precisato che dall'esame degli atti di causa si rileva che è stata garantita nel caso in esame un'adeguata partecipazione della parte ricorrente al sub procedimento in parola.

Va, infatti, in merito precisato quanto segue:

- che il Consorzio industriale con una prima nota del 27 marzo 2008 ha chiesto al ricorrente di fornire ogni utile indicazione circa la modalità di formazione dei prezzi di cui all'elenco allegato alla nota stessa;
- che nel corso di un incontro tenuto il 20 febbraio 2009 sono state verbalizzate le osservazioni della stazione appaltante in ordine alla

congruità dei prezzi;

- che l'11 marzo 2009 la parte ricorrente ha presentato proprie controdeduzioni;
- che il R.U.P. il 17 marzo 2009 ha chiesto ulteriori chiarimenti, che sono stati forniti dalla parte ricorrente il 24 marzo 2009;
- che il 29 marzo 2009 è stata effettuata da parte del R.U.P. una valutazione conclusiva della congruità dei prezzi;
- che il 31 marzo 2009, infine, la Commissione di gara ha disposto la impugnata esclusione.

Con riferimento a quanto sopra esposto ritiene la Sezione che sia stata rispettata la normativa sopra indicata e sia stata adeguatamente garantita la partecipazione della parte ricorrente al sub procedimento in questione, in quanto, prima di disporre l'esclusione, l'offerente è stato invitato il 17 marzo 2009, in base al disposto del predetto art. 88, n. 3, a dare ulteriori chiarimenti, che sono stati forniti dalla parte ricorrente il 24 marzo 2009. Né per garantire adeguatamente tale contraddittorio era necessaria, come ipotizzato con il gravame, la partecipazione della parte ricorrente anche alla seduta della Commissione di gara nella quale è stata deliberata l'esclusione; il contraddittorio deve, infatti, essere garantito nella sola fase istruttoria, mentre la fase decisoria può legittimamente svolgersi in una seduta riservata, così come nella specie è avvenuto.

In realtà, sembra evidente al Collegio che nella specie il principio del contraddittorio sia stato pienamente rispettato in quanto la parte

ricorrente, più volte informata dei rilievi della stazione appaltante in ordine alla congruità dei prezzi offerti, ha partecipato attivamente al procedimento e gli elementi integrativi da questa forniti sono stati concretamente esaminati prima dal R.U.P. e poi dalla Commissione di gara.

4. - Con le ulteriori doglianze sopra riassunte alle lettere b) e c), che possono esaminarsi congiuntamente, la parte ricorrente ha contestato, in relazione a vari aspetti, il giudizio finale di anomalia dell'offerta formulato dalla Stazione appaltante.

Tale giudizio sostanzialmente recepisce la valutazione conclusiva della congruità dei prezzi effettuata dal R.U.P. il 29 marzo 2009, che è particolarmente analitica e complessa (di 39 pagine).

Va al riguardo evidenziato che tale giudizio, in estrema sintesi, fa derivare l'anomalia dell'offerta - oltre che dalla ridotta percentuale dell'utile (2%) indicato dall'offerente - anche e soprattutto dall'inattendibilità di alcuni prezzi analiticamente indicati, che ad avviso del R.U.P. erano stati sottostimati di circa 400 mila euro; l'anomalia dell'offerta, in particolare, è stata fatta derivare, in maniera particolarmente rilevante, dal costo eccessivamente basso del materiale lapideo (pari al 34% dell'importo complessivo dei lavori) indicato nel preventivo della ditta Mansi, che aveva però da tempo cessato l'attività.

Con il ricorso la parte istante per un verso ha sostenuto l'attendibilità di tale preventivo e per altro verso ha denunciato la correttezza

dell'iter logico seguito e del complessivo impianto motivazionale, che non aveva considerato l'offerta nella sua globalità.

Anche tali censure non sono fondate.

Ai fini del decidere deve partirsi dal rilievo che nell'ambito dei contratti pubblici, la funzione del giudizio sull'anomalia dell'offerta è quella di garantire un equilibrio tra la convenienza della p.a. ad affidare l'appalto al prezzo più basso e l'esigenza di evitarne l'esecuzione con un ribasso che si attesti al di là del ragionevole limite dettato dalle leggi di mercato; in particolare il sub-procedimento di verifica dell'anomalia tende ad accertare la piena affidabilità della proposta contrattuale (Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 188).

Tale giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha, peraltro, natura globale e sintetica sulla serietà ed affidabilità dell'offerta nel suo insieme, sì che i singoli elementi di cui essa si compone non possono essere presi in considerazione separatamente, ma devono essere valutati per la loro incidenza sull'offerta complessiva (Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2010 n. 7631, 1 ottobre 2010 n. 7262, 8 settembre 2010 n. 6495, 12 luglio 2010 n. 4483, e sez. IV, 14 aprile 2010 n. 2070); inoltre, la relativa motivazione deve essere particolarmente rigorosa in caso di esito negativo (cfr., sul punto da ultimo, Cons. St., sez. VI, 3 novembre 2010 n. 7759).

Tale giudizio di verifica della congruità costituisce, inoltre, 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 (Cons. St., sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890, 18 marzo 2010, n. 1589, e 12 febbraio 2010, n. 741). Tale sindacato del giudice amministrativo sui giudizi espressione di discrezionalità tecnica (come quello ora all'esame) non deve, però, limitarsi al controllo meramente formale dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa, ma può pure estendersi, ove necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, anche al controllo dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto ai criteri tecnici e relativo procedimento applicativo, fermo restando che esula dalla competenza del giudice amministrativo il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico, compiute dalla p.a. sulla base delle cognizioni tecniche acquisite (Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2010 n. 7631).

Così meglio precisato l'oggetto del giudizio formulato dalla stazione appaltante sull'anomalia dell'offerta ed il sindacato che può essere svolto in merito da questo Giudice, va in aggiunta anche ricordato che nel giudizio amministrativo vige il principio dell'onere della prova, che peraltro è stato di recente meglio delineato e puntualizzato dall'art. 64 del codice del processo amministrativo; in base a tale norma *“spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni?”* ed *“il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”*.

Fatte tali precisazioni, deve rilevarsi che il punto centrale e dirimente del giudizio di anomalia dell'offerta formulato dalla Commissione di gara si rinviene nella predetta inattendibilità del costo eccessivamente basso del materiale lapideo indicato nel preventivo della ditta Mansi; secondo la stazione appaltante tale preventivo era inattendibile in quanto tale ditta aveva da tempo cessato l'attività e tale materiale non era in realtà "*privo di valore reale*" (come affermato dalla ricorrente), in quanto il prezzo di mercato nella zona di tale materiale non era inferiore a 3 €/t.; la ricorrente ha, al riguardo, dedotto l'erroneità di tali conclusioni in quanto per un verso tale ditta, anche dopo la cancellazione dal Registro delle imprese, aveva di fatto continuato ad eseguire il trasporto di detto materiale e per altro verso che la disponibilità a fornire il quantitativo di materiale richiesto "*agli stessi patti e condizioni di cui all'offerta della ditta Mansi?*" era stata confermata non solo dal titolare della cava di estrazione di Sannicandro Garganico indicata nel predetto preventivo della ditta Mansi, ma anche da una cava più vicina sita in Apricena.

Tali circostanze dedotte dalla ricorrente sono però sfornite dall'imprescindibile supporto probatorio.

Va, infatti, in merito evidenziato che la parte ricorrente, nel fornire il 24 marzo 2009 i chiarimenti chiesti dal R.U.P. il 17 marzo 2009, si è limitata ad affermare genericamente che per tale materiale il prezzo di mercato non era quello indicato dall'Amministrazione (3 €/t), e che il preventivo precedentemente presentato (nel quale era indicato che

tale materiale era in realtà privo di valore) era stato confermato sia dal titolare della cava di estrazione di Sannicandro Garganico, che dal titolare di un'altra cava (sita in Apricena).

In realtà, da un'attenta lettura degli atti inviati dalla parte ricorrente il 24 marzo 2009 in risposta alla predetta richiesta di chiarimenti, si rileva che i titolari delle predette cave si erano limitati genericamente ad indicare la loro disponibilità a fornire il materiale lapideo in questione, ma non avevano anche indicato il prezzo di cessione di tale materiale; per cui, correttamente, la Stazione appaltante ha ritenuto inattendibili le giustificazioni fornite.

Ed uguali considerazioni non possono non essere effettuate in questa sede, in quanto la parte istante non ha fornito la prova, come era suo onere, dell'effettivo prezzo di cessione nella zona del materiale in questione.

Sembra, in definitiva, al Collegio che, allo stato degli atti, le conclusioni cui la Stazione appaltante è pervenuta non possano ritenersi erranee, in quanto non è stata fornita la prova che il prezzo di mercato era diverso da quello accertato dalla Commissione di gara.

In riferimento al costo eccessivamente basso del materiale lapideo in questione indicato nell'offerta della parte ricorrente ed all'incidenza (pari al 34%) di tale materiale sull'importo complessivo dei lavori sembra, pertanto, evidente che l'offerta presentata era da ritenersi nel suo complesso inattendibile.

Dalla lettura dell'atto impugnato si rileva, inoltre, che -

contrariamente a quanto dedotto dalla parte ricorrente - gli elementi indicati dalla ricorrente per evidenziare la sostenibilità dell'offerta sono stati adeguatamente presi in esame e che l'offerta è stata considerata nella sua globalità; ugualmente corretti appaiono, infine, anche l'iter logico seguito e l'impianto motivazionale del giudizio espresso dalla Commissione di gara, così come i presupposti di fatto e le regole tecniche applicate.

Né appare in merito rilevante l'erroneità del rilievo attribuito dalla Stazione appaltante alla ridotta percentuale di utile (2%); se è pur vero, infatti, che una ridotta percentuale di utile da sola non può determinare di certo l'anomalia dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215)), nel caso di specie tale rilievo risulta nella sostanza superato dalle altre ben più rilevanti considerazioni sulla predetta attendibilità dei prezzi offerti per i materiali lapidei.

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso in esame deve, conseguentemente, essere respinto.

Sussistono, tuttavia, in relazione alla complessità della normativa applicabile alla fattispecie e delle questioni interpretative che tale normativa pone, giuste ragioni per disporre la totale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Michele Eliantonio, Consigliere, Estensore

Dino Nazzaro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/11/2010

IL SEGRETARIO

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