



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 Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 255 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Reconta Ernst e Young S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Catanzaro, viale G. Argento n. 14, presso lo studio dell'avv. Raffaele Mirigliani, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Maria Cirillo e Lorenzo Parroni;

contro

la Regione Calabria, Autorità Regionale Stazione Unica Appaltante, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Dario Borruto e domiciliata in Catanzaro, Ufficio Legale della Regione Calabria;

nei confronti di

COGEA S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Catanzaro, via Vittorio Veneto n. 48, presso lo studio

degli avvocati Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, che la rappresentano e difendono;

per l'annullamento

- del provvedimento del Commissario della Regione Calabria di aggiudicazione definitiva alla COGEA S.r.l. del servizio di assistenza tecnica e cooperazione interregionale, Obiettivo Operativo 9.1.1, Linea d'intervento 9.1.1.4 – POR Calabria FESR 2007 – 2013 per le attività di controllo di primo livello delle operazioni finanziate dal Programma e all'Autorità di Certificazione;
- del verbale di gara n. 42 del 13 dicembre 2010, di aggiudicazione provvisoria alla COGEA S.r.l.;
- del verbale n. 11 del 30 dicembre 2010 della Commissione nominata con decreto 13587 del 22 settembre 2010, inerente la congruità dell'offerta presentata dalla COGEA;
- del Bando di gara, del disciplinare e del Capitolato Tecnico;
- del contratto di appalto ove sottoscritto;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria - Autorità Regionale Stazione Unica Appaltante e di COGEA S.r.l.;

Visti i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 9, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 luglio 2011 il Cons. Giovanni Iannini ed uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato alla Regione Calabria, quale Autorità Regionale Stazione Unica Appaltante, ed alla COGEA S.r.l. la Reconta Ernst e Young S.p.a. ha impugnato il provvedimento del Commissario della stessa Autorità Regionale di aggiudicazione definitiva alla COGEA S.r.l. del servizio di assistenza tecnica e cooperazione interregionale, Obiettivo Operativo 9.1.1, Linea d'intervento 9.1.1.4 – POR Calabria FESR 2007 – 2013 per le attività di controllo di primo livello delle operazioni finanziate dal Programma e all'Autorità di Certificazione. Ha impugnato, altresì, il verbale di gara n. 42 del 13 dicembre 2010, di aggiudicazione provvisoria alla COGEA S.r.l., il verbale n. 11 del 30 dicembre 2010 della Commissione nominata con decreto 13587 del 22 settembre 2010, inerente la congruità dell'offerta presentata dalla COGEA, nonché il Bando di gara, il disciplinare ed il Capitolato Tecnico.

A fondamento del gravame la ricorrente ha dedotto la violazione del bando di gara e del capitolato tecnico, del principio di imparzialità e di parità di trattamento dei concorrenti, dell'art. 97 e degli artt. 86 – 89 del d.lgs. n. 163/2006, nonché eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste, carenza di presupposti, perplessità.

La COGEA per l'esecuzione dell'appalto ha proposto un

corrispettivo di € 360.000,00 annui, per un corrispettivo complessivo per il triennio di € 1.080.000,00, a fronte di un corrispettivo di € 718,666,00, pari ad € 2.155.998,00 per il triennio, proposto dalla Reconta Ernst e Young.

La Commissione avrebbe errato nel ritenere congrua l'offerta, recante un ribasso del 61,42%, prescindendo dall'esame del numero delle giornate offerte in relazione alle attività richieste e limitandosi ad un esame della completezza e correttezza delle voci che hanno concorso alla formulazione dell'offerta.

L'offerta della COGEA non potrebbe assicurare il servizio minimo richiesto dalla Regione.

Le valutazioni effettuate dalla Commissione sarebbero illogiche ed irrazionali, avendo attribuito punteggi sostanzialmente analoghi all'offerta della Reconta Ernst e Young ed a quella della COGEA, nonostante la diversità delle caratteristiche e, segnatamente, la differenza del numero di giornate complessivamente offerte.

La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento degli atti impugnati, nonché la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni.

Si sono costituite l'Amministrazione intimata e la controinteressata, eccependo l'inammissibilità del ricorso e deducendone, comunque, l'infondatezza.

Con ordinanza n. 143 del 10 marzo 2011 è stata accolta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente.

La controinteressata ha, quindi, proposto ricorso incidentale

deducendo che la ricorrente principale avrebbe errato nel ritenere che l'importo presunto per il servizio triennale fosse pari ad € 2.800.000,00, giacché tale valore comprenderebbe il realtà anche l'opzione di € 1.000.000,00 per ulteriori tre anni. L'offerta della Reconta Ernst e Young sarebbe, pertanto, inammissibile, in quanto in aumento rispetto all'importo di base di € 1.800.000,00 indicato dalla Stazione appaltante.

Le parti hanno prodotto memorie.

Alla pubblica udienza del 7 luglio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con bando del 30 aprile 2010 la Regione Calabria ha indetto una gara per l'affidamento del "Servizio di assistenza tecnica all'Autorità di Gestione del POR Calabria FESR 2007/2013 per le attività di controllo di primo livello delle operazioni del programma operativo e all'Autorità di Certificazione del POR Calabria FESR 2007/2013".

Il bando ha previsto che l'aggiudicazione dell'appalto, avente importo a base d'asta di € 2.800.000,00, dovesse avvenire con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo previsti fino a punti 30 per l'offerta economica e fino a punti 70 per l'offerta tecnica. Tra le concorrenti, sono state ammesse all'apertura dell'offerta economica la Reconta Ernst e Young S.p.a., odierna ricorrente principale, e la COGEA S.r.l.

In esito alle operazione di gara è risultata aggiudicataria la COGEA S.r.l., con un punteggio complessivo di 82 punti, a fronte dei 71 punti

attribuiti a Reconta Ernst e Young.

Con verbale n. 42 del 13 dicembre 2010 la Stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria in favore della COGEA S.r.l. Nella seduta riservata del 30 dicembre 2010 la Commissione di gara ha valutato congrue le giustificazioni fornite dalla COGEA.

Con decreto dirigenziale n. 177 del 17 gennaio 2011 il Commissario della Stazione Unica Appaltante ha aggiudicato definitivamente il servizio a COGEA S.r.l.

Avverso tale ultimo provvedimento, nonché avverso gli altri atti indicati nell'esposizione in fatto, ha proposto gravame la Reconta Ernst e Young S.p.a.

2. Ritiene il Collegio di dover partire dall'esame del ricorso incidentale, secondo le indicazioni della recente sentenza dell'Adunanza Plenaria (7 aprile 2011 n. 4), prescindendo anche dall'esame delle eccezioni sollevate dalle parti resistenti.

Sostiene la ricorrente incidentale che la Reconta Ernst & Young avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, avendo formulato un'offerta difforme rispetto alle previsioni del bando.

Essa richiama all'uopo il disposto dell'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006, che dà facoltà alla stazione appaltante di far ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, purché tali servizi siano conformi a un progetto di base e purché tale progetto sia stato oggetto di un primo

contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta.

La norma, osserva la ricorrente incidentale, prevede che l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

La Regione, in applicazione della norma, avrebbe previsto, all'art. 9 del disciplinare e nel bando inoltrato alla GUCE, la facoltà di rinnovo del servizio per ulteriori tre anni, per un importo massimo di € 1.000.000,00.

Ne discenderebbe che l'importo del solo rinnovo di tre anni sarebbe stato di € 1.000.000,00, mentre l'importo dei tre anni ordinari avrebbe dovuto considerarsi pari ad € 1.800.000,00.

La Reconta Ernst & Young avrebbe formulato l'offerta sul presupposto erroneo che i servizi triennali oggetto dell'appalto avessero un importo presuntivo pari a € 2.800.000,00 e ciò avrebbe influito sull'offerta, essendosi proposte soluzioni progettuali contemplanti un maggiore impiego di uomini, mezzi.

Ne sarebbe risultata un'offerta diversa rispetto a quella prevista dalla *lex specialis* e, quindi, in contrasto con il principio della *par condicio*.

In ogni caso l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa in quanto in rialzo rispetto alle previsioni dell'importo di gara.

I rilievi della ricorrente incidentale sono fondati.

La regola generale in materia è contemplata dall'art. 29 del d.lgs. n. 163/2006, che prevede: “*Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al*

netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto”.

Altra norma rilevante ai fini che interessano in questa sede è quella di cui all'art. 57, richiamata dal ricorrente incidentale, che dispone, al 5° comma, con riferimento agli appalti di lavori e servizi, che la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è ammessa, tra l'altro: *“per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28”.*

È alla luce di tale norme che occorre valutare quale fosse l'effettivo valore stimato dell'appalto.

Viene in considerazione, innanzi tutto, il disposto dell'art. 9 del disciplinare che prevede: *“Il servizio oggetto della presente procedura sarà affidato per anni tre e sarà rinnovabile per un ulteriore periodo di anni tre e per un importo massimo ed ulteriore di € 1.000.000,00. L'importo complessivo e presunto è pari ad € 2.800.000,00 IVA esclusa”.*

L'art. 3 del capitolato speciale, disposto che l'importo stimato

previsto per l'appalto è stabilito in € 2.800.000,00, dispone che:
“L'Amministrazione Regionale si riserva altresì di esercitare l'opzione di cui all'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006, alle condizioni ivi previste, e per un importo pari a € 1.000.000,00 (unmilione di euro) IVA esclusa”.

Ritiene il Collegio che, alla luce delle previsioni della *lex specialis*, non residuino soverchi dubbi riguardo al fatto che l'importo di € 2.800.000,00 fosse comprensivo dell'importo di € 1.000.000,00, dovuto dalla Regione nel caso di esercizio di quella che il menzionato art. 3 del capitolato speciale definisce quale opzione. Il termine opzione è quello stesso che ricorre nell'art. 29 del d.lgs. n. 163/2006, che prevede che il calcolo del valore stimato tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.

Nello stesso art. 3, d'altra parte, tale opzione è espressamente ricollegata alla facoltà riconosciuta dall'art. 57 del Codice degli appalti pubblici, che, come si è visto, dispone che l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

Vi è poi il chiaro disposto dell'art. 9 del disciplinare, che, prevista la possibilità di rinnovo per un ulteriore periodo di anni tre e per un importo massimo ed ulteriore di € 1.000.000,00, prescrive che l'importo complessivo e presunto è pari ad € 2.800.000,00 IVA esclusa.

Ne consegue che l'offerta della Reconta Ernst & Young, pari ad €

2.155.998,00 e relativa al primo triennio, avrebbe dovuto essere esclusa.

In proposito appare condivisibile la tesi della ricorrente incidentale che ha messo in evidenza che la presentazione di un'offerta fortemente in rialzo rispetto all'importo posto a base di gara ha consentito la formulazione di un progetto tecnico non comparabile, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, con quello proposto dalla concorrenza. In tal modo, evidentemente, risulta del tutto falsata la valutazione che la commissione giudicatrice è chiamata ad effettuare in ordine al progetto stesso.

Ciò induce a ritenere che l'offerta presentata non possa considerarsi conforme alle previsioni della *lex specialis*.

La previsione di un importo a base di gara è necessariamente correlato alla tipologia ed alle caratteristiche della prestazione richiesta, in ordine alla quale il concorrente è chiamato a formulare una proposta di carattere tecnico, che deve essere necessariamente calibrata in relazione al detto importo.

Se fosse consentita la libera formulazione del prezzo richiesto quale corrispettivo verrebbe meno uno dei riferimenti essenziali in relazione ai quali deve essere calibrata l'offerta nel suo complesso, con compromissione dello stesso principio della *par condicio*.

L'offerta presentata dalla ricorrente principale avrebbe dovuto essere ritenuta, pertanto, inammissibile. Ciò anche a prescindere della questione, se nel caso di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte in rialzo siano di per se

stesse vietate,

3. Da rilevare che il ricorrente principale ha proposto un atto qualificato come motivi aggiunti, con cui ha dedotto l'illegittimità dell'offerta della COGEA per mancata corrispondenza alle previsioni del bando e violazione della *par condicio*, indeterminatezza del bando di gara, dell'art. 3 del Capitolato, dell'art. 16 del bando, eccesso di potere per disparità di trattamento ed indeterminatezza delle regole della procedura di selezione.

Il ricorso per motivi aggiunti, tuttavia, non risulta proposto in relazione a fatti o atti sopravvenuti o a fatti preesistenti sconosciuti alla parte, che non vengono dedotti.

L'unico elemento nuovo richiamato dal ricorrente principale è il ricorso incidentale, che non può annoverarsi tra quegli eventi che abilitano il ricorrente a proporre nuovi motivi di ricorso o ad estendere l'impugnazione ad altri atti oltre i termini di decadenza per la proposizione del ricorso introduttivo.

Tale atto è stato proposto bel al di là del termine di decadenza, decorrente dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva avutasi il 18 gennaio 2011, essendo stato notificato il 1° aprile 2011.

I motivi aggiunti risultano, pertanto irricevibili.

4. L'accoglimento del ricorso incidentale determina l'insussistenza dell'interesse alla decisione del ricorso principale, giacché nessuna utilità potrebbe derivare al ricorrente principale dall'accoglimento di esso, che, pertanto, deve essere dichiarato improcedibile.

Ne consegue l'infondatezza della domanda di risarcimento danni, formulata sul presupposto dell'illegittimità degli atti impugnati con ricorso principale.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale. Dichiarà irricevibile il ricorso per motivi aggiunti.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 7 luglio 2011 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Massimo Luciano Calveri, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2011

IL SEGRETARIO

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