



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello n. 5049 del 2011, proposto da Gival s.r.l., in persona dell'amministratore giudiziario legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del RTI con Co.Me.Ba. di Bagalà Francesco e per Impresa Futura s.r.l., nella qualità di cessionaria del ramo d'azienda da parte della stessa Gival s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Lilli e Luciano Mastrovincenzo, ed elettivamente domiciliata presso il primo dei difensori in Roma, via di Val Fiorita n. 90, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

***contro***

Alpin s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuliano Bologna e Roberto Prozzo, ed elettivamente domiciliata presso il primo dei difensori in Roma, via Merulana n. 234, come da mandato a margine della comparsa di

costituzione e risposta;

***nei confronti di***

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

sul ricorso in appello n. 5446 del 2011, proposto da:

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

***contro***

Alpin s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuliano Bologna e Roberto Prozzo, ed elettivamente domiciliata presso il primo dei difensori in Roma, via Merulana n. 234, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

***per la riforma***

quanto ad entrambi i ricorsi il ricorso n. 5049 del 2011::

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 225 del 23 febbraio 2011, resa tra le parti e concernente atti e provvedimenti relativi alla gara di appalto n. 52/08 per l'affidamento di lavori sull'Autostrada Salerno – Reggio Calabria.

quanto al ricorso n. 5446 del 2011:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 225 del 23 febbraio 2011, resa tra le

parti e concernente atti e provvedimenti relativi alla gara di appalto n. 52/08 per l'affidamento di lavori sull'Autostrada Salerno – Reggio Calabria

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a. e di Alpin s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2013 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia (su delega di Francesco Lilli), Luca Coletta (su delega di Roberto Prozzo) e l'avvocato dello Stato Carla Colelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso iscritto al n. 5049 del 2011, Gival s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI con Co.Me.Ba. di Bagalà Francesco e per Impresa Futura s.r.l., nella qualità di cessionaria del ramo d'azienda da parte della stessa Gival s.r.l., propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 225 del 23 febbraio 2011, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Alpin s.r.l. per l'annullamento degli atti e provvedimenti relativi alla gara di appalto ASR 52/08 codice CIG 9297226EA3, esperita dall'ANAS, per l'affidamento dei lavori Autostrada Salerno - Reggio Calabria, lavori di ammodernamento e adeguamento al tipo b/1 delle norme CNR/80 Tronco 2°, Tratto 2°, Lotto 3°, stralcio C,

dal Km 382 475 al Km 383 000, Svincolo di Rosarno, per un importo a base di gara di € 12.981.491,96 e segnatamente: del provvedimento di approvazione degli atti di gara ed aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI GIVAL-COMEBA; del provvedimento con cui l'offerta dell'ATI ricorrente è stata ritenuta incongrua; degli atti relativi alla procedura di verifica anomalia; di ogni altro atto e provvedimento a cui siano riferibili le censure contenute nei motivi di ricorso, e per l'adozione, in caso di stipula del contratto, dei provvedimenti di cui agli artt. 245 bis e ss. del codice dei contratti.

Dinanzi al giudice di prime cure, l'originaria ricorrente Alpin s.r.l., con ricorso notificato in data 11 ottobre 2010 e depositato giorno 25 ottobre, aveva premesso di aver partecipato alla gara esperita dall'ANAS per l'aggiudicazione dei lavori in oggetto. L'offerta proposta, con un ribasso del 31,300% è stata giudicata anormalmente bassa, per cui essa impugnava il giudizio di anomalia, contestando le valutazioni espresse dalla Commissione. In particolare l'impresa riteneva incongrui i rilievi mossi e, comunque, contestava le modalità con le quali si era svolta la verifica di anomalia.

Si costituivano sia ANAS s.p.a., che Gival s.r.l., ossia il controinteressato aggiudicatario in quanto proponente la prima offerta non anomala), confutando le censure avversarie e concludendo per il rigetto del ricorso.

In esito alla camera di consiglio del 3 novembre 2010 il T.A.R., ravvisata la necessità di completare l'istruttoria, disponeva una verifica "per appurare i profili di incongruità dedotti dal ricorrente, in ordine ai quattro punti su cui poggia il giudizio di anomalia dell'offerta, avuto riguardo anche a tutta la documentazione in atti ed alle difese svolte dalle parti".

Acquisita la relazione del verificatore e le memorie delle parti, all'udienza pubblica del 23 febbraio 2011 il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva fondate le doglianze, basandosi principalmente sull'attività del verificatore e sugli accertamenti in fatto dallo stesso compiuti.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto data dal primo giudice, riproponendo le proprie difese come ragioni di censura della sentenza gravata.

Avverso la stessa sentenza propone altresì appello ANAS s.p.a., con ricorso iscritto al n. 5446/2011.

In entrambi i ricorsi giudizi si è costituita Alpin s.r.l., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il rispettivo ricorso.

All'udienza del 19 luglio 2011, i due ricorsi sono stati esaminati congiuntamente e le istanze cautelari proposte accolte, rispettivamente con ordinanza n. 3130/2011, per il ricorso n. 5049 del 2011, e con ordinanza n. 3134/2011, per il ricorso n. 5446 del 2011.

All'udienza del 19 novembre 2013, i ricorsi sono stati congiuntamente discussi e assunti in decisione.

## DIRITTO

1. - In via preliminare e a norma dell'art. 96 comma 1 del codice del processo amministrativo, va disposta la riunione dei diversi appelli, in quanto proposti contro la stessa sentenza.

Ancora in via preliminare, la Sezione ritiene di non doversi soffermare sulla questione della cessione del ramo d'azienda da parte di Gival s.r.l, trattandosi di vicenda ininfluente sul prosieguo del giudizio, giusta il

disposto dell'art. 111 c.p.c..

2. - L'appello Gli appelli sono è fondatio e meritano accoglimento entro i termini di seguito precisati.

3. - Assumono valenza assorbente le ragioni con cui si censura il modus operandi del verificatore, contestato sotto diversi punti di vista. Si tratta di doglianze che, contrariamente a quanto dedotto dalla difesa della Alpin s.r.l., non sono inammissibili, perché sono state originate dai contenuti della sentenza e mirano a censurare una illegittimità procedimentale che si è riverberata nell'atto finale del giudice. Pertanto, quand'anche non oggetto di espressa doglianza in prime cure, ben possono essere valutate in appello, poiché oggettivamente non esigibili nel contesto impugnatorio del giudizio di primo grado.

3.1. - In primo luogo è lamentata la mancata osservanza delle garanzie partecipative in sede di effettuazione della verifica disposta dal T.A.R..

Si tratta di una censura che non può essere condivisa. La giurisprudenza ha da tempo chiarito (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 18 marzo 2013 n. 1571) che l'istituto della verifica, nella disciplina ora dettata dall'art. 66 codice del processo amministrativo, comporta l'intervento in funzione consultiva del giudice di un organismo qualificato, per la soluzioni di questioni che implicino l'apporto di competenze tecniche o il riscontro di circostanze in fatto, che si pongono come essenziali ai fini della definizione della controversia.

L'apporto collaborativo fornito dal verificatore è quindi legato alla fase di cognizione della causa e quindi la legge non prevede, diversamente da quanto argomentato dalla società ricorrente, un momento di

contraddittorio nel corso della fase istruttoria, che si attesta in prosieguo sugli sviluppi della verifica.

3.2. - È invece del tutto condivisibile l'assunto in merito al superamento da parte del verificatore, da un lato, dei limiti impliciti imposti dalla sua funzione e, dall'altro, della disciplina procedimentale della verifica di congruità dell'offerta anomala.

Dal primo punto di vista, occorre rammentare che la funzione del verificatore, individuata dall'art. 65 del codice del processo amministrativo, attiene alla fase di "ammissione e assunzione delle prove", come prevede la rubrica del Capo II del Titolo III del Libro I in cui si colloca la disposizione.

La verifica ha quindi luogo qualora il giudice "reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche", divenendo lo strumento ordinario per conseguire tali conoscenze, atteso che la stessa norma indica il ricorso al diverso strumento della consulenza tecnica come subalterno e possibile solo nei casi di indispensabilità.

La presenza del verificatore sta e cade in relazione ad un'esigenza di carattere tecnico di accertamento di fatti o di valutazioni tecniche, in questi limiti in questo ambito giustificando l'assunto per cui le conclusioni cui l'organo perviene, nei limiti del sindacato esterno del giudice amministrativo, si sottraggono alle censure di illogicità e di non corretto apprezzamento dei presupposti (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 18 marzo 2013 n. 1571), nei limiti in cui consentano "il pieno e diretto accertamento dei fatti presi in esame dall'Amministrazione, non già la loro sostituzione con un diverso giudizio tecnico formulato per il tramite del

consulente verificatore” (in termini, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 settembre 2007 n. 4961; conformi sez. V, 11 novembre 2004, n. 7346; sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004).

Dal secondo punto di vista, occorre rammentare quale sia la base del giudizio di anomalia dell'offerta, ossia gli elementi fattuali e documentali su cui esso si fonda, come ricostruita attenendosi strettamente ai dati normativi e quindi al d.Lgs. 12 aprile 2006 n.163 “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

Il primo comma dell'art. 87 prevede che:

“1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio”.

Il successivo art. 88 prevede:

“1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni.

1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.

3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.”

Come si vede, il codice prevede una scansione articolata di elementi documentali su cui si fonda la valutazione di anomalia (offerta, giustificazioni scritte, precisazioni ritenute pertinenti, nonché ogni altro elemento ritenuto utile), che costruisce un sistema compiuto di valutazione che pone obblighi in capo ad entrambi i contraenti. Non va, infatti, dimenticato che si tratta di un segmento di una procedura destinata alla formazione di un contratto, per cui non è rinvenibile nell'ordinamento (e sarebbe in contrasto con il principio di libertà negoziale) un obbligo per la stazione appaltante di accertare l'esistenza di situazioni di mercato favorevoli alla concorrente. Spetta invece all'amministrazione rispettare i limiti di legge e quindi svolgere la propria funzione nei limiti ordinamentaliordinamentali, che, a loro volta, discendono dalle posizioni reciproche delle parti per cui, una volta che il concorrente sia stato posto nella condizione di predisporre, integrare e giustificare la propria posizione, non può la stazione appaltante portare tanto in avanti il proprio potere da sostituirsi alla volontà negoziale della parte stessa.

Deve quindi affermarsi che la base del giudizio di anomalia è solo quella risultante dalle disposizioni sopra indicate, non potendosi immaginare una

supplenza della stazione appaltante anche nella raccolta di elementi non allegati, né prodotti dal concorrente.

3.3. - L'inquadramento della vicenda consente quindi di evidenziare immediatamente le carenze dell'opera di verifica, che, vista l'adesione data dal giudice alle risultanze così ottenute, si riverberano nella legittimità della sentenza.

Va così condivisa la censura (primo motivo dell'appello di Gival s.r.l. e primo motivo dell'appello dell'Avvocatura generale dello Stato) in relazione, che lamenta il fatto, non contestato e anzi ritenuto del tutto confacente alla materia degli appalti da parte del T.A.R., per cui si è consentito al verificatore di conseguire nuova documentazione, ossia un comportamento che, sulla scorta della ricostruzione appena svolta non appare, invece, del tutto non tollerabile.

Sulla scorta delle nuove acquisizioni, il verificatore ha quindi posto in essere una completa rivalutazione del segmento procedimentale, sostituendo il proprio giudizio a quello dell'amministrazione e fondandosi su una base documentale che non poteva più acquisire, atteso il perfezionamento della fase disciplinata dagli art. 87 e 88 del codice dei contratti pubblici. La modificazione del giudizio, fondata su un illegittimo superamento dei limiti procedurali, posti a garanzia dei tempi del procedimento e delle rispettive posizioni delle parti, e la permessa esibizione di nuovi elementi ha comportato in concreto che il giudizio del verificatore ha sostituito quello della stazione appaltante, con completo sviamento della sua funzione.

Per altro verso, e giungendo all'esame del secondo motivo di ricorso di Gival s.r.l., esaminato anche nel motivo di ricorso della difesa erariale,

l'opera del verificatore non ha tenuto presente come il giudizio negativo della commissione di gara non si fosse fondato solo su quattro punti, ossia quelli su cui la Alpin s.r.l. ha organizzato il suo ricorso in prime cure, ma attecneva ad una valutazione complessiva, che si riferiva alle gravi carenze della documentazione giustificativa prodotta dall'offerente.

4. - Pertanto, gli appelli devono essere accolti, in relazione alle violazioni commesse in sede di verifica, i cui risultati sono stati posti alla base della pronuncia di accoglimento del T.A.R..

Le ulteriori ragioni di gravame, che vanno a infirmare i risultati comunque conseguiti in sede di verifica, possono essere disattese (anche perché non riproposte dalla parte appellata), in quanto caducate dalla pronuncia di illegittimità collegata al mezzo istruttorio utilizzato.

5. - Gli appelli riuniti vanno quindi accolti. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalla particolarità della vicenda processuale, con l'eccezione delle spese, in corso di liquidazione da parte del primo giudice, per il compenso del verificatore, che ricadono sulla parte soccombente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunziando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Dispone la riunione dei ricorsi n. 5049 del 2011 e n. 5446 del 2011;
2. Accoglie gli appelli riuniti n. 5049 del 2011 e n. 5446 del 2011 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 225 del 23 febbraio 2011, respinge il ricorso di primo grado;

3. Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio, con l'eccezione delle spese, in corso di liquidazione da parte del primo giudice, per il compenso del verificatore, che ricadono sulla parte soccombente.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2013, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

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