



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2034 del 2011, proposto da:
Impresa Lis S.r.l. in proprio e quale Capogruppo della costituenda Ati con Tomat
S.p.A. e Ritonnaro Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea
Manzi, Marco Salina e Luca Griselli, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in
Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

Autostrade Meridionali S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe
Abbamonte, con domicilio eletto presso Studio Abbamonte Titomanlio in Roma,
via Terenzio n. 7;

nei confronti di

Torno Global Contracting S.p.A., non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n.
27136/2010, resa tra le parti, concernente affidamento lavori ampliamento corsia
autostradale - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade Meridionali S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Mazzeo, per delega dell'Avv. Manzi, e Como, per delega dell'Avv. Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'impresa Lis s.r.l., quale capogruppo della costituenda associazione temporanea con Tomat s.p.a. e Ritonnero Costruzioni s.r.l., ha partecipato alla gara indetta dalla Società Autostrade Meridionali per l'affidamento dei lavori di ampliamento dell'autostrada Napoli – Pompei - Salerno nel tratto compreso tra il km 12 + 900 ed il Km 17 + 085. La costituenda ATI, ammessa con riserva a seguito di una prima esclusione, impugnata con ricorso definito favorevolmente con sentenza del Consiglio di Stato n. 2014 del 6 maggio 2008, ha chiesto l'annullamento della propria estromissione dalla gara, avvenuta all'esito del giudizio di anomalia dell'offerta con un ribasso del 19,375%, nonché l'aggiudicazione all'impresa Torno che aveva formulato un'offerta con un ribasso del 19,100%.

Il Tar , considerando i motivi formulati in relazione ai sei punti oggetto di valutazione (cave di prelievo e discariche, spese generali ed utile d'impresa, mezzi d'opera, fornitori e subappaltatori, costi orari della manodopera, articoli di elenco prezzi) inidonei a comprovare i vizi di manifesta irragionevolezza, illogicità od errore istruttorio della valutazione globale e sintetica sull'inattendibilità complessiva dell'offerta, ha respinto il ricorso.

Ha proposto appello l'impresa LIS, in proprio ed in qualità di capogruppo della costituenda ATI, censurando la sentenza di primo grado per erroneità e chiedendone la riforma per i seguenti motivi:

- violazione dei principi normativi e giurisprudenziali che regolano la verifica di congruità in materia di onere di motivazione, giudizio globale sulla serietà ed affidabilità dell'offerta, limiti al sindacato giurisdizionale;
- eccesso di potere per errore di fatto, carenza di istruttoria, erronea e falsa valutazione delle giustificazioni, contraddittorietà e disparità di trattamento, insufficienza degli elementi posti a base dell'esclusione, omissione di pronuncia; in merito ai singoli punti dell'offerta oggetto di valutazione, ha dedotto le specifiche ragioni per le quali sarebbe stato errato il giudizio di anomalia.

Ha inoltre chiesto il risarcimento del danno in forma specifica attraverso l'aggiudicazione dell'appalto o, in subordine, la condanna al risarcimento del danno per equivalente corrispondente al mancato utile, al danno curriculare ed alle spese di partecipazione alla gara, chiedendo in via istruttoria disporsi C.T.U. sul giudizio di anomalia svolto dalla commissione tecnica.

Si è costituita in giudizio la Società Autostrade Meridionali, chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

All'udienza del 3 dicembre 2013, l'appello è stato trattenuto in decisione..

DIRITTO

Con il primo articolato motivo, l'appellante assume la violazione dell'obbligo di motivazione del giudizio di anomalia dell'offerta, desumibile dalla minima differenza tra i ribassi offerti dalla ricorrente e dall'aggiudicataria (19,375 % contro 19,100 %, rispetto ad una soglia di anomalia del 15,740%). Avrebbe, inoltre, omesso il Tar di compiere la necessaria indagine, erroneamente ritenendo limitato il proprio sindacato per la natura discrezionale del giudizio della Commissione.

Il motivo è infondato.

Occorre osservare che, sotto il profilo del tipo di sindacato esercitato, la sentenza impugnata è in linea con un consolidato orientamento, per cui l'attività di giudizio in cui si estrinsecano le valutazioni della commissione in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta ha carattere essenzialmente tecnico ed è finalizzata non già alla ricerca di singole inesattezze dell'offerta, ma ad accertare la sua attendibilità o inattendibilità nel suo complesso, affinché offra sufficienti garanzie di affidabilità ai fini della corretta esecuzione dell'appalto. A fronte di tale tipo di discrezionalità, il sindacato giurisdizionale attiene principalmente ad un controllo di tipo estrinseco, ossia limitato alla valutazione di figure sintomatiche di eccesso di potere per travisamento dei fatti, arbitrarietà, carenza o illogicità della motivazione ed è volto ad accertare che questa sia congrua e dettagliata e dia conto di tutti gli elementi dell'offerta e delle ragioni per le quali essa venga considerata inattendibile, mentre può essere esteso a profili intrinseci solo quando venga in rilievo un vizio che attiene alla palese scorrettezza dell'operazione tecnica o del procedimento applicativo eseguiti (ex multis, Cons. Stato Sez. IV, 30.5.2013, n. 2956 Sez. V, 18-4-2012, n. 2257; 22-2-2011, n. 1090; Sez. IV, 22-03-2005, n. 1231).

Non può, quindi, aderirsi alla tesi dell'appellante per cui il giudice di primo grado avrebbe interpretato riduttivamente il proprio ruolo, negando effettività di tutela alla posizione del ricorrente. Vero è, al contrario, che il tribunale ha esaminato le doglianze in relazione al giudizio espresso dalla Commissione sulle sei articolazioni dell'offerta ed alla valutazione complessiva di inattendibilità seguendo le coordinate sopra indicate ed applicando il solo limite costituito dal divieto di sostituzione nella valutazione tecnica compiuta dalla Commissione, del tutto pacifico.

Tale considerazione vale a respingere anche la richiesta di consulenza tecnica d'ufficio in quanto tendente inammissibilmente a provocare una nuova valutazione

sull'anomalia dell'offerta in sostituzione di quella operata dall'amministrazione (Cons. Stato Sez. IV; 21-05-2008, n. 2404; Sez. VI, 3-05-2002, n. 2334).

Da respingere è anche l'argomento secondo cui dal giudizio di attendibilità dell'offerta emesso nei confronti dell'aggiudicataria avrebbe dovuto scaturire un'analogha positiva valutazione anche nei confronti della ricorrente per il solo fatto che i due ribassi presentano solo una lieve differenza.

Invero, la valutazione della anomalia dell'offerta non segue un criterio rigidamente numerico, ma tiene conto della congruità delle giustificazioni addotte dall'offerente e dell'attendibilità complessiva emersa dal confronto in contraddittorio. Ciò può portare ad opposti giudizi su offerte anche lievemente diverse tra loro ove le giustificazioni dell'una appaiano convincenti mentre quelle dell'altra conducano ad un risultato complessivamente non plausibile, purchè vengano applicati i medesimi criteri e le medesime regole di giudizio, circostanza nella specie non smentita.

Con il secondo motivo, l'appellante deduce la violazione degli indicati principi (omessa e carente motivazione, carenza di istruttoria, erronea e falsa valutazione delle giustificazioni, contrarietà e disparità di trattamento, omissione di pronuncia) in relazione ai sei punti oggetto di esame da parte della Commissione tecnica.

Quanto al giudizio di anomalia dei costi indicati per il trasporto a discarica dei materiali provenienti da scavi e demolizioni, la valutazione di contraddittorietà e genericità delle giustificazioni esposte non appare scalfita dalla censura di omessa considerazione delle giustificazioni e carenza di motivazione.

In punto di fatto, occorre osservare che l'impresa, nel corso del sub procedimento di verifica, è ritornata sull'iniziale indicazione di costi – in relazione ai quali l'amministrazione aveva rilevato la carenza di conteggi e la genericità della giustificazione fondata sul preteso “abbattimento notevole dei costi dei trasporti” per il riutilizzo nell'ambito del lotto di parte del materiale scavato – sostenendone

la totale assenza data la disponibilità della ditta Edil Cava a svolgere gratuitamente il servizio di trasporto, come documentato da una sua dichiarazione postuma.

A riguardo, deve convenirsi con il primo giudice sulla legittimità del giudizio di contraddittorietà ed inattendibilità della giustificazioni posto che quella che l'appellante definisce una “ufficializzazione di accordi verbali” non può essere considerata alla stregua di un impegno formale idoneo a rendere affidabile una voce dell'offerta.

Le medesime considerazioni valgono anche in relazione alla valutazione di genericità ed insufficienza espressa dalla stazione appaltante sulle giustificazioni offerte in merito alle spese generali ed all'utile, indicati in misura molto inferiore a quella ordinaria.

Sebbene sia in linea di principio possibile confutare gli indici presuntivi formulati nelle circolari citate dalla Commissione – che attribuiscono alle spese generali un margine compreso tra il 13 ed il 15% ed all'utile di impresa una stima del 10% - specie in ragione dell'elevato valore dell'appalto, non può tuttavia rilevarsi alcun vizio nel giudizio della Commissione tecnica di insufficienza ed inattendibilità delle giustificazioni considerata, per un verso, la parzialità della prima risposta alla richiesta di chiarimenti e, per altro verso, la mancanza di elementi dimostrativi sulle giustificazioni addotte, come il trattamento di favore riservato all'impresa dall'istituto assicuratore in merito ai costi della fideiussione, la ripartizione con altri lavori in corso della spese fisse di cantiere ed il costo per sondaggi integrativi e bonifica bellica, ritenuto dalla stazione appaltante nettamente inferiore a quello di mercato.

Quanto al giudizio espresso sulle giustificazioni fornite sui costi dei mezzi d'opera, va, in primo luogo, respinta la censura di violazione del contraddittorio per non avere la Commissione accennato all'argomento nella seconda richiesta di chiarimenti, involgente altre questioni. Invero, la negativa valutazione dell'anomalia

dell'offerta non deve essere preceduta da alcun ulteriore preavviso quando essa sia adottata al termine del confronto fra le parti mediante la regolare acquisizione delle giustificazioni e queste non necessitino, a giudizio della stazione appaltante, di ulteriori chiarimenti. La censura va, pertanto, disattesa anche in relazione alla voce degli articoli di elenco prezzi.

Va poi rilevato che il giudizio della Commissione non attiene ai costi del personale (menzionati solo come rilevazione del dato esposto), ma alla sottostima dei costi per mezzi d'opera in rapporto alla tipologia considerata appropriata alla lavorazione. Le censure sollevate in ordine a tale giudizio si fondano, nella sostanza, su una diversa valutazione da parte dell'impresa offerente e della stazione appaltante sul tipo di mezzi – e sui conseguenti costi – occorrenti per l'esecuzione dell'appalto, valutazione sottratta al sindacato giurisdizionale.

Le medesime considerazioni valgono per il giudizio di incongruità delle sub analisi delle forniture e di alcuni dei prezzi esposti nonché per la ritenuta inammissibilità di riduzione del lavoro notturno, tutti profili involgenti valutazioni di tipo tecnico.

Quanto ai costi di manodopera, va ribadito l'orientamento (Cons. Stato Sez. IV, 23-07-2012, n. 4206) per cui , se è vero che le tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera espongono dati non inderogabili, esse assolvono tuttavia una funzione di parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi, in sede di giustificazione dell'anomalia, solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa, che nella specie non risulta fornita.

In conclusione, tutti i motivi d'appello concernenti la valutazione analitica delle giustificazioni esposte sulle singole voci dell'offerta si rivelano infondati ed inidonei a scalfire il giudizio di globale contraddittorietà ed inattendibilità dell'offerta nel suo insieme.

Conseguentemente, va respinta anche la richiesta di risarcimento del danno per illegittima esclusione dalla gara.

L'esito della lite comporta la condanna dell'appellante al pagamento delle spese di giudizio in favore dell'appellata costituita, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'affetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna l'appellante al pagamento in favore dell'appellata costituita delle spese di giudizio, nella misura di euro 3.000,00 (tremila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/03/2014

IL SEGRETARIO

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