

Cons. Stato Sez. V, Sent., 08-09-2010, n. 6495

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10590 del 2004, proposto da:

C.C. Societa" Cooper.Srl Mandataria Ati, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Giuseppe Giuffre" in Roma, via degli Scipioni N.288; Ati - R. Costruzioni S.r.l.;

contro

Consorzio Asi Avellino; Societa" T.S. S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Alfonso Erra, Franco Greco, con domicilio eletto presso Lodovico Visone in Roma, via degli Avignonesi 5;

Sul ricorso numero di registro generale 33 del 2006, proposto da:

T.S. S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Alfonso Erra, Vincenzo Improta, con domicilio eletto presso Alfonso Erra in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

Consorzio Asi Avellino, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Brancaccio, con domicilio eletto presso Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto N. 18; R. Costruzioni S.r.l. in Pr. e Q. Mandante A.T.I., rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria N. 2; C.C. Scarl in Pr. e Q. Mandataria A.T.I.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10590 del 2004:

della sentenza del T.a.r. Campania - Sez. Staccata Di Salerno: Sezione I n. 01775/2004, resa tra le parti, concernente PUBBLICO INCANTO PER AFFIDAMENTO DI APPALTO DI LAVORI.

quanto al ricorso n. 33 del 2006:

della sentenza del T.a.r. Campania - Sez. Staccata Di Salerno: Sezione I n. 01111/2005, resa tra le parti, concernente AGGIUDIC. GARA PUBBLICO INCANTO LAVORI COSTRUZIONE ASSE ATTREZZATO - RIS. DANNO.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2010 il Cons. Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati Lentini e Soprano, per delega dell'Avv. Erra;

### Svolgimento del processo

1. Il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di Avellino ha indetto pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di costruzione dell'asse attrezzato "Valle Caudina Pianodardine", mediante offerta a prezzi unitari e con il sistema dell'aggiudicazione al massimo ribasso percentuale del prezzo offerto rispetto all'importo dei lavori a base d'asta. Alla gara sono stati ammessi 28 concorrenti ed è stata determinata la soglia di anomalia nella misura del 31,502%.

All'esito delle operazioni di individuazione delle offerte anomale da sottoporre alla verifica di congruità in contraddittorio con gli offerenti, la stazione appaltante ha individuato otto offerte da verificare, tra cui quelle dell'ATI M. S.p.a.T.S. S.p.A. e dell'ATI Coop.CostruttoriR. Costruzioni S.r.l., che aveva offerto il massimo ribasso del 35,6 67%.

La speciale commissione incaricata dalla stazione appaltante di procedere alla verifica ha chiesto ulteriori giustificazioni rispetto a quelle già prodotte in sede di gara in ordine alle diverse voci di tariffa, che venivano fornite da entrambi i raggruppamenti in contesa.

All'esito del procedimento il raggruppamento Coop.CostruttoriR. è stato dichiarato aggiudicatario definitivo, mentre il raggruppamento M. -T.S. si è collocato al secondo posto in graduatoria.

2. La società T.S. ha proposto ricorso innanzi al Tar Campania, sezione staccata di Salerno, mentre il raggruppamento dichiarato aggiudicatario ha proposto ricorso incidentale.

3. Il Tar, con sentenza parziale n. 1775 del 27 luglio 2004, ha ritenuto infondate le eccezioni di inammissibilità ed irricevibilità sollevate dalle parti

resistenti; ha respinto il primo motivo del ricorso principale perché infondato; ha respinto il ricorso incidentale; ha infine nominato un consulente tecnico d'ufficio per la valutazione tecnicodiscrezionale della offerta della ditta aggiudicataria, alla luce del secondo e terzo motivo del ricorso principale.

4. Contro la sentenza parziale è stato proposto appello dall'ATI Coop.Costruttori, che ha dedotto i seguenti motivi: 1) carenza di interesse all'azione in capo alla società M., in quanto, avendo sottoscritto un'offerta economica congiunta con la società T.S. (ricorrente in primo grado), per proporre un ricorso fondato su un effettivo interesse ad agire, avrebbero dovuto proporre congiuntamente il ricorso innanzi al Tar; 2) ha errato la sentenza nel dichiarare infondato il primo motivo di ricorso incidentale in ordine al mancato rispetto da parte della ricorrente principale della normativa in tema di assunzione dei disabili, in quanto la certificazione prodotta non era sufficiente a giustificare la mancata copertura dei posti; 3) la decisione parziale ha errato nel ritenere infondato il secondo motivo di ricorso incidentale con il quale è stata censurata la violazione del termine perentorio per la presentazione delle giustificazioni da parte della società ricorrente principale, laddove ha ritenuto il termine non perentorio; 4) la sentenza è erronea, laddove ha disposto la verifica tecnica d'ufficio, in quanto il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione può essere effettuato solo nei limiti di vizi dell'atto amministrativo e non può essere una verifica diretta ad accertare se l'amministrazione abbia esercitato i poteri secondo criteri di logica, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti.

La società T.S. S.p.A. si è costituita con memoria ed è stato proposto anche ricorso incidentale, con il quale viene dedotto il seguente motivo: la sentenza è errata laddove ha ritenuto che la prima censura dalla medesima proposta nell'originario ricorso principale, relativa all'incongruità dell'aliquota per "imposte e tasse", fosse indirizzata al rispetto della normativa fiscale mentre invece ci si doveva dell'incongruità dell'offerta a tale titolo.

5. Con sentenza n. 1111 del 6 luglio 2005, il medesimo tribunale, a seguito del deposito della relazione di consulenza tecnica in ordine a tutti i quesiti che erano stati formulati con la indicata sentenza parziale, ha rigettato definitivamente il ricorso principale originario, ritenendo che anche la consulenza confortasse la congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

Contro la sentenza definitiva è stato proposto appello dalla società T.S., che ha dedotto i seguenti motivi: 1) la sentenza è errata laddove, dopo aver condiviso le conclusioni peritali che avevano confermato l'incongruità dell'offerta in più di una voce di tariffa, ha poi ritenuto che l'offerta non fosse anomala; 2) ha quindi riproposto i motivi articolati in primo grado; 3) ha richiesto una nuova consulenza tecnica d'ufficio, formulando anche un'istanza risarcitoria e ha quantificato il danno nella misura minima del 10% dell'importo offerto.

6. Si è costituito il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di Avellino, depositando memoria.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 9 aprile 2010.

### Motivi della decisione

1. Preliminarmente va disposta la riunione degli appelli in ragione dell'evidente connessione soggettiva ed oggettiva, rafforzata dal fatto che trattasi di appelli rivolti, l'uno, verso la sentenza parziale e l'altro verso la sentenza definitiva, così come esposto in narrativa.

2. Gli appelli sono infondati.

3.1. E' infondato il primo motivo proposto dalla ATI Coop.Costruttori contro la sentenza parziale, laddove viene dedotta la carenza di interesse all'azione in capo alla società M., in quanto, avendo sottoscritto un'offerta economica congiunta con la società T.S. (ricorrente principale in primo grado), avrebbe dovuto proporre congiuntamente a quest'ultima il ricorso innanzi al Tar.

La sezione osserva che va confermato quanto statuito dal giudice di primo grado, laddove, seguendo l'orientamento del Consiglio di Stato, ha ritenuto che nelle gare per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, nell'ipotesi di un'associazione temporanea di imprese, sussiste la legittimazione individuale delle singole imprese aderenti al raggruppamento. Tanto più che nel caso di specie risulta pacifico che la T.S. ha affermato nel ricorso introduttivo del giudizio di aver partecipato alla gara in associazione temporanea, senza fare alcun riferimento alla qualità di rappresentante dell'impresa di costruzioni M. S.p.A., confortata dal fatto che nel mandato ad litem non si fa alcun riferimento alla qualità rivestita dalla ricorrente originaria nell'ambito dell'associazione temporanea.

3.2. Parimenti infondato è il secondo motivo di appello contro la sentenza parziale, laddove viene dedotto il mancato rispetto della normativa in tema di assunzione dei disabili.

La sezione rileva la corretta interpretazione ed applicazione da parte del giudice di primo grado dell'*articolo 8, comma 5 della legge 12 marzo 1999, n. 68*, in tema di diritto al lavoro dei disabili, e del relativo regolamento di esecuzione (*d.p.r. n. 333/2000*).

Infatti, la norma consente il rilascio della certificazione di ottemperanza agli obblighi di assunzione dei disabili nell'ipotesi in cui, pur sussistendo scoperture nella quota di riserva, vi siano iniziative in corso aventi ad oggetto interventi di collocamento mirato, anche tramite la stipula di convenzioni previste dalla disciplina vigente in materia. È sufficiente per la valida partecipazione alla gara il certificato prodotto dalla T.S., laddove l'autorità competente (nel caso di specie la provincia di Venezia) ha rilasciato idonea certificazione e questa non

sia stata autonomamente impugnata. In tal caso è precluso al giudice ogni valutazione circa l'effettiva posizione della M. rispetto agli obblighi in esame.

3.3. Parimenti infondato è il terzo motivo di gravame, laddove viene dedotta la violazione del termine perentorio per la presentazione delle giustificazioni da parte della società controinteressata.

La sezione ritiene che anche in tal caso vada confermato quanto statuito dal primo giudice, ossia che, in mancanza di un'espressa qualificazione del termine di presentazione delle giustificazioni, esso debba considerarsi ordinatorio e non perentorio. Con la conseguenza che la commissione ben può prendere in esame i motivi presentati successivamente, ove questi risultino dagli atti nella riunione appositamente fissata dalla commissione. In altre parole, il rischio della mancata presentazione va qualificato in termini di onere in senso tecnico, ossia un "dovere libero" per la partecipante.

3.4. E' infondato infine anche l'ultimo motivo del primo appello proposto, laddove viene censurata la determinazione del giudice di primo grado di disporre la verifica tecnica d'ufficio.

In proposito la sezione osserva che costituisce una prerogativa insindacabile del giudice individuare e disporre gli strumenti probatori meglio idonei a chiarire i termini di fatto della controversia sottoposta al suo esame e che l'oggetto della verifica tecnica, pur essendo determinata dai motivi di gravame, può estendersi ad ogni aspetto della controversia, qualora questo sia necessario ai fini dell'emanazione di una decisione che involga profili tecnici.

Peraltro nel caso di specie, come si vedrà nell'esaminare il ricorso proposto contro la sentenza definitiva, i quesiti formulati sono perfettamente congrui e precisi.

4. E' infondato anche il motivo proposto dalla società T.S. S.p.A. mediante appello incidentale, che va pertanto rigettato.

Deduce la società T.S. che la sentenza è errata, laddove ha ritenuto che la censura dalla medesima proposta in primo grado, relativa all'incongruità dell'aliquota per imposte e tasse, fosse indirizzata al rispetto della normativa fiscale, mentre invece ci si doleva dell'incongruità dell'offerta a tale titolo.

Premesso che, come risulterà chiaro dalle considerazioni che verranno svolte nell'esaminare l'appello principale proposto contro la sentenza definitiva - laddove si riterrà congrua l'offerta dell'aggiudicataria, tenendosi ovviamente conto anche del profilo fiscale dell'offerta- il motivo è destituito di fondamento anche in base alle specifiche ragioni che seguono.

La sezione condivide quanto ritenuto dai giudici di primo grado, ossia che non compete alla commissione preposta all'esame delle offerte per l'aggiudicazione di pubblici appalti verificare se vi sia o meno rispetto della normativa fiscale. Nè il sindacato del giudice può spingersi sino a sindacare le ragioni per le quali

la commissione tecnica preposta alla verifica dell'anomalia non abbia ritenuto di chiedere l'ausilio di competenze specialistiche esterne in materia fiscale, al fine di verificare il peso fiscale sugli utili derivanti dall'appalto.

La commissione è semplicemente tenuta a valutare la congruità complessiva dell'offerta e non le singole voci che la compongono, ivi compresa quella fiscale.

5.1. Con l'appello proposto contro la sentenza definitiva viene censurata la sentenza, laddove, dopo aver condiviso le conclusioni peritali che avevano confermato l'incongruità dell'offerta in più di una voce di tariffa, ha poi ritenuto che l'offerta non fosse anomala. Più esattamente l'appellante ha dedotto che per il solo fatto che alcune voci di prezzo (9 sulle 24 voci verificate) sarebbero state ritenute incongrue dalla consulenza tecnica d'ufficio, l'intera offerta avrebbe dovuto essere dichiarata anomala.

Va premesso che il giudice di primo grado ha chiesto al consulente di verificare sia le voci di prezzo in ordine alle quali erano state formulate specifiche censure, sia l'incidenza quantitativa e qualitativa di tali voci in ordine alla complessiva offerta economica presentata dall'aggiudicataria. Il quesito è stato correttamente posto, in quanto coerente con i consolidati principi della Sezione, secondo cui la verifica dell'anomalia delle offerte deve avere ad oggetto la valutazione dell'offerta nel suo insieme al fine di accertare se essa risponda o meno all'interesse della stazione appaltante.

Dalla consulenza risulta che, anche in presenza di alcune voci di prezzo che presentavano lievi discordanze rispetto al prezzo congruo, l'incidenza sul prezzo finale dell'appalto è pari solo allo 0,89%.

Correttamente, quindi, il giudice di primo grado ha ritenuto che si tratti di una percentuale che oggettivamente non può portare ad un giudizio di inattendibilità dell'intera operazione economica e comunque non poteva comportare una valutazione negativa dell'offerta del concorrente, confermando il giudizio positivo reso dalla stazione appaltante sull'anomalia dell'offerta e la conseguente aggiudicazione dei lavori.

Più in dettaglio, la sezione osserva come dalla consulenza tecnica emerga che non solo per 9 delle 24 voci di spesa verificate la divergenza è irrisoria, ma che, come ha ritenuto il giudice di primo grado, dalle voci discordanti devono essere espunte le tariffe relative allo scavo di sbancamento e ai pali di diametro 800 e 1200 mm. Infatti, quanto al primo, i funzionari verificatori hanno fatto riferimento al "martello perforatore" e non invece al "martello vibrante" conforme all'offerta e, quanto ai secondi, hanno preso in considerazione la posa in opera dell'acciaio per i pali, nonostante questo esorbitasse dall'oggetto del giudizio ed dall'incarico conferito.

In conclusione, il maggiore importo che l'impresa aggiudicataria avrebbe potuto offrire sarebbe stato di euro 14.716,95 rispetto a 14 milioni di euro

(valore dell'intero appalto) e il ribasso percentuale sarebbe stato pari al 35,579% rispetto all'offerta del 35,667%.

Va da sé che alla luce del principio sopra espresso, le modeste divergenze di alcune voci di prezzo non sono idonee a ritenere l'inattendibilità dell'offerta complessiva del concorrente.

5.2. Parimenti infondati sono gli ulteriori motivi riproposti in questo grado del giudizio, in base alle assorbenti considerazioni che seguono.

La sezione osserva che l'operato della commissione appositamente nominata per la verifica delle offerte anomale è immune da ogni vizio, in quanto non ha verificato solamente le specifiche inesattezze di ogni elemento dell'offerta, ma ne ha valutato globalmente la serietà e l'attendibilità. Inoltre il giudizio sull'anomalia costituisce una valutazione tecnico discrezionale, rispetto alla quale il giudice non può intervenire, a meno che non sia ravvisabile una sua evidente illogicità ed incoerenza.

Nel caso di specie non solo la motivazione appare chiaramente congrua, ma è confortata dalle risultanze del presente giudizio.

5.3. Per le stesse ragioni or ora spiegate e per quelle esposte a proposito dell'esame del primo motivo del secondo appello proposto, vanno disattesi anche i motivi secondo cui la commissione avrebbe errato nel non aver chiesto ulteriori chiarimenti su alcune voci di tariffa e secondo cui non avrebbe ritenuto anomala l'offerta della controinteressata.

6. In conclusione gli appelli vanno rigettati, con la conseguente inammissibilità di ogni pretesa risarcitoria.

7. La complessità delle questioni esaminate induce il collegio a compensare le spese del grado del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, rigetta gli appelli principali riuniti e l'appello incidentale.

Compensa le spese del grado del giudizio.

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