



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4981 del 2010, proposto da: Cesa S.r.l. in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituito con Costruzioni Conglomerati ed Affini Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Guido Anastasio Pugliese, con domicilio eletto presso Guido Anastasio Pugliese in Roma, via Giovanni Antonelli, 47;

contro

Provincia di Roma, in persona del Presidente pro tempore della Giunta Provinciale, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Giovagnoli e Massimiliano Sieni, con domicilio eletto presso Massimiliano Sieni in Roma, via IV Novembre 119/A; Provincia di Roma - Dipartimento Vii Viabilita' e Infrastruttura - Servizio 3, Provincia di Roma - Servizio Gare;

nei confronti di

Impresa Generale Costruzioni Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUATER n. 08824/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI

ADEGUAMENTO CONDIZIONI DI SICUREZZA TRATTO STRADA PROVINCIALE ARDEATINA - MCP..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010, il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, per delega dell'Avv. Pugliese, e Sieni;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti per l'immediata definizione del merito come da avviso dato alle parti in camera di consiglio;

FATTO e DIRITTO

Rilevato che il giudizio ha ad oggetto gli atti relativi alla procedura di gara avente ad oggetto i lavori di adeguamento alle condizioni di sicurezza della strada provinciale Ardeatina dal Km. 14,500 al Km. 27,000, – lotto II e III dal Km 20,000 al Km 23,500 e 4 rotatorie, con importo a base d'asta di € 5.810.000,00;

Rilevato, in particolare, che viene posta in dubbio la legittimità degli atti che hanno condotto all'esclusione della parte ricorrente a causa della difformità dell'offerta dalla stessa presentata rispetto alla clausola del disciplinare di gara che prescriveva un utile minimo del 5%;

Rilevato che con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso introduttivo;

Rilevato che la normativa di gara, al punto 5, stabilisce che “l'utile d'impresa può essere anche inferiore alla percentuale del 10% (dieci per cento) dei costi diretti (mano d'opera, materiali, noli, trasporti e altre forniture e prestazioni), dei costi per spese generali e dei costi indiretti di cantiere previsti per legge purché sussistano

adeguate e dimostrate ragioni dell'accettabilità del suo ridotto valore che comunque non può essere, pena la esclusione dalla gara per non congruità dell'offerta, inferiore al 5% (cinque per cento)";

Reputato che meritano positiva valutazione le assorbenti doglianze con le quali parte appellante deduce l'illegittimità della suddetta disciplina di gara;

Ritenuto, infatti, che a sostegno dell'illegittimità della norma che prescrive, a pena di esclusione, la previsione di un utile minimo del 5% depongono i seguenti rilievi:

a) l'imposizione autoritativa di un utile minimo, non suffragata da alcun referente normativo, incide negativamente sulla libera determinazione dei soggetti partecipanti alla gara, esplicazione della libertà di iniziativa economica, espropriando le imprese delle relative scelte in ordine ai margini di utile da perseguire con la partecipazione alla gara;

b) la fissazione di tale soglia si traduce in una causa di esclusione che incide negativamente sul principio del *favor participationis*, senza essere assistita da un'adeguata e proporzionata ragione di interesse pubblico;

c) la previsione di un margine di utile come requisito astratto a pena di esclusione collide con la disciplina in materia di valutazione dell'anomalia, e che con la *ratio* che la ispira, imperniata sulla valutazione concreta e complessiva dell'affidabilità offerta in forza di procedimento da condurre in contraddittorio;

d) la dedotta difficoltà di effettuare un'indagine effettiva e puntuale sulle voci di costo con riguardo ad offerte caratterizzate da un forte ribasso, mette in evidenza l'illegittima sostituzione del controllo concreto sull'affidabilità dell'offerta, da condurre anche con riguardo all'utile, con un meccanismo semplificante di stampo aprioristico non ammesso dalla disciplina che regola la materia e dai principi che la sorreggono;

Reputato, in definitiva, che, alla stregua dei rilievi che precedono, va accolta la domanda di annullamento del provvedimento di esclusione degli atti

conseguenziali, con particolare riguardo all'aggiudicazione disposta in favore della contro interessata;

Reputato che l'accoglimento della domanda impugnatoria implica la piena reintegrazione in forma specifica della sfera giuridica dell'appellante in guisa da escludere il residuo dai danni suscettibili di risarcimento per equivalente;

Ritenuto, in definitiva, che l'appello merita accoglimento nei sensi esposti e che le spese seguono la regola della soccombenza nei sensi in dispositivo specificati;

P.Q.M.

Accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla gli atti impugnati in primo grado nei sensi in motivazione specificati.

Condanna la Provincia di Roma al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese di giudizio che liquida nella misura di 5.000,00 (cinquemila//00) euro.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione