

**N. 05652/2014REG.PROV.COLL.
N. 01441/2014 REG.RIC.**



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 1441 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Castellano Costruzioni Generali Srl in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria costituenda ati, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Sanino, Marcello Maria Fracanzani, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, via di San Basilio n.61; da Soc. Doronzo Infrastrutture Srl, in proprio ed in qualità di mandante, in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Maria Fracanzani, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, via di San Basilio n.61;

contro

Soc. Fse-Ferrovie del Sud Est e Servizio Automobilistici Srl, in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dagli avv. Luciano Ancora, Angelo R. Schiano, con domicilio eletto presso Angelo R. Schiano in

Roma, via del Babuino, 107;

nei confronti di

Eureca Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dagli avv. Federico Liccardo, Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso Filippo Luciano Bracci in Roma, largo di Teatro Valle, 6;

Soc. Cogit in persona del legale rappresentante , non costituito;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. Puglia - Bari: Sezione II n. 00226/2014; della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari: Sezione II n. 00491/2014, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione e realizzazione raddoppio linea ferroviaria - bari-mungivacca-mcp

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc. Fse-Ferrovie del Sud Est e Servizio Automobilistici Srl e di Eureca Consorzio Stabile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2014 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Gruner, per delega dell'Avv. Fracanzani, Sanino, Ancora, Schiano, Migliarotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La controversia all'esame di questa Sezione riguarda l'esito della partecipazione del raggruppamento ricorrente alla procedura aperta di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e successiva realizzazione,

dei lavori del raddoppio del binario della linea ferroviaria Bari-Mungivacca-Noicasttaro dal Km 4+450 al Km 15+110, incluso l'interramento della linea, e della stazione di Triggiano e Capurso in galleria artificiale lungo l'attuale sede, compresi fra il Km 6+945 ed il Km. 10+920 per uno sviluppo complessivo di Km 10,340, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa, con importo a base d'asta di euro 107.361.613,44.

Avendo presentato il raggruppamento ricorrente il miglior prezzo complessivo pari ad euro 75.811.556,40, ed essendosi quindi classificata prima nella graduatoria, l'offerta stessa veniva sottoposta al procedimento di verifica di congruità per anomalia; procedura al termine della quale tale offerta veniva ritenuta anomala e quindi la Società veniva esclusa, con conseguente aggiudicazione alla concorrente seconda classificata rappresentata dall'a.t.i. Eureka Consorzio Stabile (capogruppo) – Cogit s.p.a..

Conseguentemente la Società esclusa impugnava in primo grado con il ricorso principale e integrato da motivi aggiunti chiedendo l'annullamento; del provvedimento adottato a seguito della verifica sulla anomalia trasmesso a mezzo fax dalla Stazione Appaltante Soc. F.S.E., in data 19 aprile 2013;

dei provvedimenti di cui alla "relazione di sintesi della verifica di congruità" trasmessa a mezzo fax dalla Stazione Appaltante Soc. F.S.E. alle ricorrenti in data 19 aprile 2013;

nonché di tutti i verbali redatti e/o provvedimenti adottati dalla Commissione nominata per la verifica della congruità, di tutti i provvedimenti adottati dai responsabili del procedimento e/o dalla

stazione appaltante,
dell'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva all'a.t.i. controinteressata,
divenuta affidataria ;
di tutti i provvedimenti adottati dalla Commissione nominata per la
valutazione della congruità delle offerte e/o del responsabile del
procedimento e/o dalla stazione appaltante in merito all'offerta del
raggruppamento aggiudicatario;
di tutti i provvedimenti concernenti la nomina della commissione incaricata
della verifica di congruità delle offerte;
dei provvedimenti concernenti l'ammissione alla gara delle odierne contro
interessate,
ogni altro atto connesso, o compresi, nei precedenti incluso il bando e il
disciplinare di gara;
veniva inoltre chiesto il riconoscimento del risarcimento e la riammissione
alla gara e la consequenziale aggiudicazione della medesima ricorrente,
ovvero, in subordine, la condanna al risarcimento dei danni in dipendenza
dei provvedimenti impugnati, nonché delle spese tutte sostenute in
relazione "alla gara, al procedimento ed al giudizio";
Chiedeva infine la ricorrente l'annullamento di tutti gli atti e provvedimenti
successivi al 19 aprile 2013, e solo dopo tale data conosciuti nonchè
l'annullamento delle nuove ed ulteriori motivazioni poste a sostegno
dell'esclusione, contenute nello scritto difensivo depositato in giudizio dalla
S.A. in data 11 giugno 2013.
Con i mezzi sopra indicati l'A.t.i. ricorrente ha in particolare lamentato
l'illegittimità del giudizio di anomalia che ha determinato la sua esclusione
dalla gara dolendosi dell' incompletezza e delle incongruenze riscontrabili

nell'analisi della propria offerta effettuata dalla Commissione nominata per la verifica dell'anomalia, avendo quest'ultima trascurato di considerare molteplici e qualificanti elementi da cui la stessa era composta, e da quali, diversamente, sarebbe emerso l'utile effettivamente conseguibile incluso nel prezzo complessivo offerto.

Nel giudizio di primo grado si sono costituiti la Stazione appaltante (Ferrovie del Sud Est s.r.l. ed il Consorzio Stabile Eureka) chiedendo il rigetto del ricorso.

Quest'ultimo ha proposto anche appello incidentale deducendo la violazione dell'art.49 d.lgs. 163/2006 e dell'art.88 d.p.r. 207/2010, sostenendo l'illegittimità sotto vari profili dell'avvalimento utilizzato dalla società ricorrente.

All'accoglimento del ricorso incidentale si sono opposti in primo grado sia la stazione appaltante che il ricorrente principale.

Il primo giudice con la sentenza in epigrafe ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti richiamando in premessa principi giurisprudenziali di questo Consesso, in tema di esame delle giustificazioni prodotte dal concorrente tenuto a dimostrare la non anomalia dell'offerta presentata (*ex* art 88 d.lgs n.163/2006), chiarendo in tale ambito che i poteri dall'Amministrazione esercitati sono espressione di discrezionalità tecnica, con i conseguenti limiti di sindacato a cui possono quindi essere assoggettate le valutazioni da quest'ultima effettuate.

Il T.A.R. quindi ha precisato che il giudizio che l'Amministrazione è tenuta ad esprimere ad esito della verifica della congruità dell'offerta ha carattere globale e sintetico, concernendo la sua attendibilità nell'insieme degli elementi da considerare non occorrendo quindi che debba scaturire, anche

se negativo, dall'analisi di tutte le voci di prezzo di cui essa si compone, ben potendo emergere dall'esame di alcune di esse quando rilevanti alla sua determinazione (Cons.Stato Sez. V n.1183/2012 ; n.3340/2012; n.1369/2012; Cons.Stato Ad.Plen. n.36/2012).

Passando all'analisi delle specifiche censure proposte con il ricorso principale, il primo giudice ha poi eseguito un'ampia rassegna dei rilievi critici espressi dall'apposita Commissione di verifica in ordine ai documenti giustificativi esibiti dall'a.t.i. ricorrente, ritenendo corretto il giudizio d'anomalia da essa espresso a supporto del provvedimento di esclusione dalla gara del 18 aprile 2013.

Tale esito a sua volta si basa sulla "Relazione di sintesi della verifica di congruità" dei prezzi offerti con la quale sono state evidenziate tutte le criticità riscontrate "rispetto al valore dell'utile dichiarato dal RTI nei giustificativi (pari al 2% del totale dei costi diretti ed indiretti)".

Ed invero il notevole ribasso (circa il 30%; pari ad euro 75.811.556,40 a fronte di una base d'asta di euro 107.361.613,44) contenuto nell'offerta esaminata dalla Commissione di verifica dei prezzi. è apparso il risultato di una non credibile sottovalutazione di molteplici e rilevanti profili dei costi diretti ed indiretti da sostenere per la realizzazione dell'opera nonché dei tempi di lavorazione, ed è apparso altresì influenzato da una disomogenea previsione dell'impiego di materiali e dei mezzi d'opera , nonché frutto di un'indimostrata possibilità di ridurre voci che concorrono a comporre le spese generali.

Infine, nella sentenza impugnata, viene dichiarato improcedibile e comunque fondato (quanto al primo motivo) l'appello incidentale dell'a.t.i. resistente dichiarata aggiudicataria della gara in sostituzione della ricorrente.

Quest'ultima ha prima proposto appello contro il dispositivo della sentenza di primo grado (n.226/2004) con l'obiettivo di impedire la sottoscrizione del contratto, articolando in sostanza le stesse censure esposte negli atti difensivi depositati davanti al primo giudice, e successivamente, conosciute le argomentazioni che sorreggono la motivazione della sentenza che ha definito il giudizio, ne ha censurato il contenuto con atto di gravame proposto in forma di motivi aggiunti, deducendo plurimi profili di violazione di legge ed eccesso di potere.

Con ulteriore memoria successivamente depositata l'appellante ha contestato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha reputato fondato il ricorso incidentale della A.t.i. contro interessata.

Si sono costituiti in giudizio le parti resistenti in primo grado depositando successive memorie con le quali hanno chiesto la conferma della sentenza impugnata nella parte concernente l'esito di rigetto del ricorso principale di primo grado e dei motivi aggiunti integrativi, esponendo analitiche controdeduzioni al gravame di parte appellante.

Con riferimento all'esito avuto in primo grado del gravame incidentale, le parti resistenti hanno ribadito le rispettive richieste; chiedendone cioè l'Amministrazione appellata il rigetto e la resistente a.t.i., l'accoglimento.

Alla camera di consiglio del 27 maggio 2014 l'istanza di sospensione della sentenza gravata è stata respinta ponendo a carico della parte istante le spese della fase.

All'udienza di merito del 7 ottobre 2014, alla presenza dei difensori delle parti, la causa è stata spedita in decisione dai difensori delle parti contestualmente avanzando il difensore dell'a.t.i. anche la richiesta di pubblicazione anticipata del dispositivo.

In ragione di quest'ultima richiesta il dispositivo che segue è stato pubblicato al termine della camera di consiglio.

Venendo ai motivi di gravame la Sezione ritiene che l'appello è infondato e va respinto.

Al riguardo la Sezione ritiene che le decisione di primo grado meriti piena condivisione avendo il giudicante effettuato una corretta applicazione di principi giurisprudenziali elaborati da questo Consesso in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, da quali la Sezione non ritiene di doversi discostare e che debbono intendersi qui richiamati.

Infondata appare anzitutto la tesi di parte appellante con la quale si assume che l'amministrazione appaltante attraverso le memorie del suo difensore ha integrato nel corso di giustizia la motivazione del provvedimento concernente la sua esclusione dalla gara: censura che ancorchè dedotta, il primo giudice avrebbe ommesso di esaminare pur avendo tenuto conto di tali motivi integrativi. Sarebbe stata quindi illegittimamente consentita una "integrazione postuma" della motivazione che sorregge l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

Sul punto pare sufficiente osservare che dalla sentenza di primo grado appare di tutta evidenza che il giudicante è pervenuto al rigetto delle censure dell'a.t.i. ricorrente, odierna appellante, sulla base della disamina della copiosa documentazione che è stata oggetto della verifica dell'anomalia dell'offerta, formatasi nel periodo intercorso tra la richiesta *ex* art.86 d.lgs. 163/2006 delle giustificazioni, fino alla data del 19 aprile 2013, giorno in cui la è stata considerata conclusa ed è stato quindi adottato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara.

Non sembra quindi si possa fondatamente sostenere che il primo giudice, nel motivare le proprie conclusioni abbia tenuto conto di argomentazioni successive a detta data, delle quali l'Amministrazione si sarebbe avvalsa in corso di lite, dopo aver adottato il provvedimento di esclusione dalla gara dell'A.t.i. appellante.

Rappresenta del resto una convincente replica alla censura in esame l'affermazione del primo giudice laddove ha sottolineato che la documentazione in atti formata entro detta data, valeva ampiamente a supportare il contestato giudizio di anomalia, avuto riguardo alla completezza ed all'analiticità delle verifiche effettuate dall'Amministrazione. In tale ambito, ritiene altresì la Sezione di cogliere l'occasione per ribadire, alla luce dell'ampia documentazione versata in giudizio, che il procedimento articolato dinanzi alla Commissione di verifica, appare assolutamente immune dalle critiche avanzate da parte appellante essendo stata tale verifica rigorosa quanto approfondita.

Vale, al riguardo, rilevare sinteticamente che;

in data 28 dicembre 2012, l'Ati ricorrente inviava alla Commissione la documentazione, si tratta di numerose "schede" (844), sollecitata con la richiesta di giustificativi riguardanti le componenti dell'offerta economica; ad esito della disamina di tale documentazione la Commissione riscontrava numerosi errori, omissioni, criticità ed incongruenze, che venivano rese note all'interessata con lettera del 26.02.2013;

quest'ultima ha inviato ulteriore documentazione, vale a dire nuove schede di analisi; alcune delle quali sostitutive di quelle già fatte pervenire, altre contenenti prezzi aggiuntivi o non giustificati in precedenza ovvero ancora contenenti nuovi giustificativi di fornitura;

l'A.t.i. ha inviato altresì alla Commissione di verifica due “perizie /dichiarazione” concernenti i giustificativi di vari prezzi e forniture; la Commissione pur dinanzi a detta nuova documentazione motivava analiticamente, in relazione a numerose schede presentate dall'a.t.i. ricorrente, ed alle dette perizie, esprimendo un giudizio complessivo di inaffidabilità dell'offerta.

Va altresì aggiunto che prima dell'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara impugnato, v'è stato un incontro con i tecnici di fiducia dell'A.t.i. ricorrente e quelli dell'anzidetta Commissione, che tuttavia non ha sortito l'effetto di fugare le perplessità di quest'ultima sull'affidabilità dell'offerta economica presentata.

Alla luce di quanto sopra appena esposto non pare quindi che parte appellante possa fondatamente sostenere che la verifica della Commissione, per i cui contenuti specifici si rinvia alla puntuale sintesi effettuata nella sentenza impugnata, non sia stata rigorosa ed approfondita.

Vero è che parte appellante rivolgendo critiche alla Commissione di verifica per il carattere limitato dell'indagine svolta, ignorando gran parte della copiosa documentazione giustificativa ad essa fatta pervenire, in realtà si propone di sindacare nel merito le numerose criticità motivatamente riscontrate su molteplici e rilevanti aspetti dell'offerta economica da essa presentata.

Una difesa in tal modo impostata sconta però il difetto di porsi l'obiettivo di volersi sottrarre all'incontestabile rilievo che le valutazioni della Commissione di verifica sono, come già osservato, espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, e quindi assoggettabili ad un sindacato limitato alla presenza di macroscopiche illogicità ed omissioni

ovvero ad evidenti errori di fatto, nella specie certamente non rinvenibili se non nelle generiche prospettazioni difensive esposte nel gravame sulle quali s'insiste ignorando le puntuali valutazioni a cui sono state sottoposte dal giudice di primo grado.

Ancor meno fondata è la censura ricorrente in varie parti del gravame con la quale parte appellante assume che il giudizio di anomalia scaturisce dal disconoscimento dell'impostazione complessiva che ha ispirato l'offerta tecnica, grazie alla quale i vari e più significativi elementi costitutivi che la qualificano, se non ignorati, determinano la piena attendibilità dell'offerta economica nel suo complesso.

L'argomento non convince la Sezione sol che si consideri che la Commissione ha effettuato una verifica complessiva dei prezzi offerti dall'A.t.i. appellante (se si aggiungono all'iniziale 45% i prezzi aggiuntivi in un secondo momento esposti da quest'ultima) il cui valore in percentuale è superiore al 70% dell'importo totale offerto.

Ed è ancor meno convincente se si osserva che l'analisi delle giustificazioni svolta, ha indotto la Commissione ad evidenziare nella sintesi della relazione di verifica che "l'obiezione maggiore , anche alla luce dell'incidenza sull'offerta globale, attinente alla disomogenea valutazione dei Noli e Mezzi d'opera e quindi dei relativi costi , relativa alla movimentazione interna al cantiere dei materiali e all'utilizzo di mezzi d'opera per la posa di alcuni materiali".

Vero è allora che ai rilievi opposti l'A.t.i. ricorrente, per giustificare il ribasso offerto, ha reagito diminuendo alcune voci di prezzo, ed ha innalzato inattendibilmente le voci di produttività della mano d'opera e dei mezzi ovvero sostituito i fornitori (la ditta Trivelterre con la ditta Berlanda)

mostrando offerte con prezzi più bassi, senza giustificare perché, ad esempio, tali voci di prezzo presentano valori diversi da quelli inizialmente indicati.

Soprattutto la Commissione ha smentito che dalle incongruenze e criticità riscontrate derivassero, sottostime il cui valore, secondo l'appellante, "a tutto concedere", sarebbe pari ad euro 800,000,00 e cioè soltanto all'1% dell'offerta a fronte di un utile netto "dichiarato" pari a euro 2.944.603,33.

Diversamente, secondo gli analitici conteggi effettuati il valore di quest'ultime ammonta ad euro 1.930,00, evidentemente non essendosi, tra l'altro, condivisi quegli asseriti risparmi che si assumono non considerati dall'a.t.i. appellante, riferiti all'impiego di strutture prefabbricate per la realizzazione delle gallerie e di muri di contenimento in sostituzione della tecnologia tradizionale prevista nel progetto di gara.

Anche in merito alle "sopravvenienze attive" la Commissione di verifica non ha condiviso l'affermazione di parte l'appaltante secondo la quale esse ammonterebbero ad euro 2.500.000,00, importo rilevante che la Commissione avrebbe anche dovuto portare a compensazione delle riscontrate sottostime.

Tale importo, in realtà è connesso soprattutto alla riduzione dei costi collegati alle spese generali dall'8% al 5%, senonchè tale riduzione non è stata considerata possibile, posto che essa viola il d.P.R. 207/2010, venendo attuata anche attraverso l'ipotizzata riduzione delle voci non comprimibili contemplate dall'art.32 di tale decreto.

Infine, la Commissione di verifica attraverso l'esame delle giustificazioni offerte dall'appellante è giunta a stabilire che l'offerta dell'appellante in realtà non solo non permette all'A.t.i. offerente di raggiungere, come

immotivatamente sostiene, l'utile del 4% sul prezzo complessivo offerto, ma neppure quello del 2% considerato dalla stessa "irrinunciabile".

Si tratta quindi di un'offerta in perdita e quindi anomala per definizione.

Il gravame in conclusione deve essere respinto con assorbimento di ogni altro motivo od eccezione che il Collegio ritiene ininfluyente ai fini della presente decisione ed in ragione di ciò non occorre procedere all'esame del ricorso incidentale riproposto in questa sede.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna la parte appellante al pagamento delle spese della presente lite che si liquidano in complessivi euro 10.000,00 (oltre accessori) da liquidarsi in pari misura della metà in favore di ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2014

IL SEGRETARIO

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