**N. 04203/2012REG.PROV.COLL.**

**N. 08924/2011 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8924 del 2011, proposto da:
D'Oria Giuseppe & Co. S.r.l. e Apulia S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

Provincia di Barletta-Andria-Trani, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Didonna, con domicilio eletto presso Gennaro Ermanno Arbia in Roma, Circonvallazione Clodia 80;
Provincia di Bari, rappresentato e difeso dall'avv. Saverio Profeta, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;
Ati Salvatore Matarrese Spa - Gruppo Massara Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Trisorio Liuzzi, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;
Salvatore Matarrese, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Trisorio Liuzzi, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;
Dec Spa;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01203/2011, resa tra le parti, concernente affidamento lavori ammodernamento e allargamento piano viabile.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Barletta-Andria-Trani e di Provincia di Bari e di Ati Salvatore Matarrese Spa-Gruppo Massara Spa e di Salvatore Matarrese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Paccione, Didonna e Profeta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ATI composta dalla D’Oria Giuseppe & Co. s.r.l. e dalla Apulia s.r.l. partecipava alla procedura indetta dalla Provincia di Bari di affidamento in appalto dei lavori di ammodernamento ed allargamento del piano viabile e delle pertinenze della SP 130 Trani – Andria, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, classificandosi al primo posto in graduatoria, avendo offerto un ribasso del 51,725% sull’importo a base d’asta, salvo poi venire esclusa dalla gara, con determinazione assunta dalla Commissione di gara nel verbale n. 12 del 19 aprile 2010.

2. Contro quest’ultima determinazione e la successiva aggiudicazione in favore dell’ATI con capofila la Salvatore Matarrese s.p.a. proponeva pertanto ricorso al TAR Puglia – Bari.

Quest’ultima si costituiva nel giudizio, proponendo a sua volta ricorso incidentale diretto a contestare il provvedimento di esclusione avversato dalla ricorrente principale, nella parte in cui non aveva rilevato altre cause di esclusione di quest’ultima, a causa della mancata indicazione dei contratti di subappalto relativi alle opere scorporabili ed al superamento nei prezzi offerti relativamente a quest’ultime delle soglie di ribasso massimo stabilite dalla legge di gara.

Si costituivano in resistenza anche le Province di Bari e Barletta-Andria-Trani, nel frattempo costituita.

Nel giudizio interveniva inoltre la DEC s.p.a., seconda classificata, opponendosi al ricorso.

3. Con la sentenza in epigrafe il TAR adito:

- disattendeva l’eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale, reputando che allo stesso non fosse applicabile il dimezzamento dei termini previsto dall’art. 120, comma 5, cod. proc. amm., in quanto ritenuto riferibile esclusivamente al ricorso principale ed ai motivi aggiunti;

- in dichiarata applicazione dei principi stabiliti dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4, esaminava prima il ricorso incidentale, in quanto tendente all’esclusione della ricorrente principale, e lo accoglieva, in ragione del fatto che il ribasso dichiarato per alcuni lavori oggetto di subappalto si attestava su valori percentuali inferiori rispetto a quelli consentiti a pena d’esclusione dalla legge di gara (pag. 10 del disciplinare).

4. La sentenza è appellata dalla D’Oria Giuseppe e Apulia con ricorso nel quale sono dedotti i seguenti motivi:

- mancato rilievo dell’irricevibilità del ricorso incidentale della controinteressata, dovendo il dimezzamento dei termini disposto dell’art. 120, comma 5, cod. proc. amm. essere esteso anche alla suddetta forma di impugnazione, e tanto, ad avviso delle appellanti, sia sulla base di un criterio di interpretazione letterale, sia dal punto di vista della compatibilità costituzionale della norma (in relazione alla quale l’appellante formula, in via subordinata, questione di costituzionalità per contrasto con i principi di parità delle parti e del giusto processo);

- mancata sospensione del giudizio per la contemporanea pendenza della presupposta querela di falso promossa da essa appellante davanti al Tribunale civile di Bari (r.g. n. 1311/2011) nei confronti dei verbali di gara del 15 aprile 2010, senza numero, e del 19 aprile 2010, n. 12;

- errata applicazione dei principi stabiliti dall’Adunanza plenaria nella citata sentenza n. 4/2011: si sostiene che il ricorso incidentale dell’ATI controinteressata non era indirizzato a contestare la legittimazione della ricorrente principale ad impugnare gli atti di gara, attraverso l’impugnazione della sua ammissione alla stessa, ma si sostanziava nel rilievo di profili di anomalia dell’offerta ulteriori rispetto a quelli ravvisati dall’amministrazione aggiudicatrice;

- errore per avere accolto il ricorso incidentale malgrado le censure di cui esso si compone non siano supportate da elementi di prova ma da mere asserzioni;

- errata ed abnorme quantificazione e difetto di motivazione in ordine alla statuizione di condanna alle spese processuali; errata applicazione della regola della soccombenza nei rapporti con la Provincia di Bari.

Nell’appello sono quindi riproposti i motivi del ricorso di primo grado, non esaminati dal TAR in asserita violazione dell’art. 112 cod. proc. civ., ed in particolare:

- le doglianze (motivi da I a III del ricorso di primo grado) volte a stigmatizzare l’operato della Commissione di gara, per non avere formato il verbale della seduta del 15 aprile 2010, dedicata all’esame in contraddittorio delle giustificazioni sulla congruità dell’offerta, contestualmente allo svolgimento della stessa, ma in epoca posteriore, e precisamente il 6 maggio successivo, in occasione di un incontro presso gli uffici della stazione appaltante, cui avevano partecipato solo due dei cinque membri della Commissione, e senza che fosse comunicata la già avvenuta adozione del provvedimento di esclusione, di cui al verbale n. 12 del 19 aprile precedente, donde l’illegittimità di quest’ultimo per l’asserita inversione procedimentale;

- le censure indirizzate alla composizione della Commissione di gara (motivi da IV a VI, VIII e IX), a causa della posizione conflittuale del presidente Ing. Nicola Anaclerio in virtù della sua autonomina; per essere la nomina del collegio non prevista dalla determinazione a contrarre e nel bando di gara ed effettuata il giorno 11 dicembre 2009, coincidente con il termine di presentazione delle offerte e per il protrarsi della sua attività oltre il termine stabilito nell’accordo di collaborazione in data 6 luglio 2009 dalle due amministrazioni provinciali interessate, nonché per la mancanza di copertura finanziaria;

- il motivo (VII) riferito alle modalità con cui si è svolto il sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, ed in particolare la dedotta carenza di motivazione nel giudizio di non congruità a causa della mancata presa di posizione sui chiarimenti forniti nella seduta del 15 aprile 2010.

5. Nella propria memoria costitutiva la ATI Salvatore Matarrese s.p.a. ha eccepito l’improcedibilità dell’appello per difetto di interesse, perché la controparte non avrebbe contestato i capi della sentenza con i quali il TAR ha accolto il ricorso incidentale di primo grado, donde il difetto di interesse alla coltivazione dell’impugnazione in conseguenza del passaggio in giudicato di questi.

Nel merito evidenzia che le appellanti non hanno contestato la veridicità dei fatti avvenuti e delle dichiarazioni riportate nel contestato verbale datato 15 aprile 2010, limitandosi a censurarne la postuma redazione.

6. All’udienza del 12 giugno 2012 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. L’eccezione di improcedibilità (*recte*: inammissibilità), nei termini formulati dall’appellata ATI con capofila Salvatore Matarrese s.p.a., non può essere accolta.

Con le censure in cui si articolano i motivi d’appello, le società odierne appellanti hanno infatti investito i capi della sentenza di primo grado con i quali si è accolto il ricorso incidentale dell’ATI Matarrese.

Detti capi (che a ben guardare sono riconducibili ad un’unitaria *ratio decidendi*, in cui si è rilevato il plurimo superamento da parte dell’offerta dell’ATI ricorrente principale delle soglie massime di ribasso stabilite dalla legge di gara) risultano oggetto di rituale motivo di gravame, tra l’altro, nel motivo in cui si assume che le deduzioni a fondamento della contro impugnazione della controinteressata non sono supportate da elementi di prova ma da mere asserzioni. Ciò per tacere dell’ulteriore motivo d’appello che priverebbe il capo in questione della sua stessa base logico-giuridica e cioè quello volto a contestare l’omesso rilievo della tardività del ricorso incidentale.

Analoghe considerazioni possono inoltre essere svolte con riguardo alla doglianza relativa alla mancata sospensione del giudizio in attesa della definizione della querela di falso davanti al giudice civile.

2. Ciò premesso, sulla questione della ricevibilità del ricorso incidentale deve essere confermato l’avviso del TAR, mentre la questione di costituzionalità è irrilevante per le ragioni esposte dall’ATI appellata.

2.1 Con riguardo alla questione dell’applicabilità della dimidiazione stabilita dal comma 5 dell’art. 120 cod. proc. amm., non può che condividersi l’esegesi letterale della disposizione data dal primo giudice, in ragione dell’assenza di qualsiasi esplicito riferimento al ricorso incidentale, nonché alle considerazioni dell’appellata Provincia di Barletta-Andria-Trani circa l’effetto di analogia *in malam partem* cui condurrebbe la lettura propugnata dall’appellante, tale da comprendere nel perimetro applicativo della norma, sebbene per non implausibili considerazioni di ragionevolezza e parità di trattamento delle parti del processo rimosse successivamente dal decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 195/2011, anche la suddetta impugnazione.

2.2 L’irrilevanza della questione di costituzionalità si coglie in effetti in relazione all’esaurimento della situazione processuale sulla quale la stessa interverrebbe.

3. Sullo specifico punto della mancata sospensione, la sentenza palesa in effetti una carenza motivazionale, ma il rigetto della relativa istanza è ricavabile implicitamente dall’accoglimento del ricorso incidentale, tale da condurre in tutta evidenza, in conformità al disposto dell’art. 77, comma 2, cod. proc. amm., all’irrilevanza in questo giudizio dell’esito della querela di falso davanti al giudice civile.

4. Venendo ora alla doglianza concernente l’accoglimento del ricorso incidentale, va osservato che il motivo cui si lamenta l’assenza di prova a fondamento dello stesso è privo dei necessari requisiti di specificità ex art. 101 cod. proc. amm., secondo l’interpretazione da ultimo fornita al riguardo dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio nella sentenza 4 giugno 2011, n. 10.

Il TAR ha infatti esplicitato il ragionamento probatorio che lo ha condotto ad accogliere quest’ultima impugnazione, nei termini che seguono: *“Ritiene questo Collegio che quanto sostenuto dalla controinteressata Salvatore Matarrese s.p.a. nel ricorso incidentale sia supportato da prova ai sensi dell’art. 64, comma 2, del codice del processo amministrativo, non essendo stato specificamente contestato dalle parti costituite (in primis dalla ricorrente principale ATI D’Oria, che si è limitata, a pag. 2 della memoria di replica depositata in data 7 maggio 2010, ad affermare genericamente di non aver violato alcuna clausola posta a pena di esclusione).”*.

Nel motivo d’appello in esame non si enuclea una specifica critica a tale ragionamento, limitandosi le due società deducenti ad affermare che il TAR avrebbe violato gli artt. 115 e 2697 cod. proc. civ. per avere dato credito a mere asserzioni, mentre il Giudice di primo grado ha precisato di avere fatto applicazione del principio di non contestazione di cui all’art. 64, comma 2, cod. proc. amm., in relazione al contegno processuale tenuto dalla ricorrente in risposta ai motivi dell’impugnativa avversaria. Questa dunque essendo la *ratio decidendi*, le appellanti avrebbero dovuto sottoporla a critica, contestando l’applicabilità della suddetta regola probatoria e non già richiamando parametri normativi diversi e non conferenti al caso di specie.

4.1 Peraltro, va osservato che le critiche svolte dall’appellante all’operato della Commissione di gara non colgono nel segno anche nel merito, visto che, come puntualmente controdedotto dalle parti appellate, la stessa non ha mai contestato la veridicità dei verbali e dunque il loro contenuto ideologico.

Del pari si rivelano prive di pregio tutte le doglianze, riproposte in appello, indirizzate alla modalità di nomina della suddetta commissione, le quali in ogni caso non vanno al di là di mere irregolarità prive di valenza invalidante, nonché al giudizio di anomalia dell’offerta, che invece appare sorretto da adeguata istruttoria e motivazione, rispetto al quale si prospettano valutazioni alternative opinabili e non idonee ad inficiare, nell’ambito del sindacato estrinseco esercitabile dal giudice amministrativo nei confronti di attività tecnico-discrezionale, l’attendibilità complessiva.

5. Stante comunque l’intangibilità del capo della sentenza di primo grado su cui si fonda la decisione in essa contenuta si appalesa privo di utilità per le società appellanti l’esame degli ulteriori motivi d’appello o quelli di primo grado qui riproposti, salvo che per quanto concerne la doglianza sulle spese, che è fondata nei termini di seguito precisati.

5.1 Non è innanzitutto condivisibile il motivo nella parte le appellanti contestano la statuizione di condanna alla refusione nei confronti delle amministrazioni intimate in base alla considerazione che tra queste parti non vi sarebbe soccombenza.

Quest’ultima è invece comunque ravvisabile in virtù della reiezione della domanda di annullamento degli atti impugnati in prime cure, a prescindere dalle ragioni che la hanno determinata.

5.2 Hanno invece ragione le medesime appellanti a dolersi della quantificazione delle spese operata dal TAR.

Giova ricordare che la liquidazione delle spese di lite a carico del soccombente, in assenza della notula, è insindacabile in sede di appello, salvo il limite della abnormità (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. VI, n. 892 del 2011; sez. V, n. 6082 del 2009).

Ebbene questo limite pare nel caso di specie superato, viste le ingenti cifre cui il TAR è pervenuto: 45 mila euro alla ricorrente incidentale; 40 mila euro alle amministrazioni intimate e 20 mila euro all’interveniente ad opponendum DEC s.p.a.; apparendo invece conformi alla tariffa professionale vigente e congrue le seguenti somme: 10 mila euro per ciascuna delle suddette amministrazioni e la ricorrente incidentale e 50 mila euro per la predetta interveniente.

6. Conseguentemente, le spese del primo grado vanno ridotte nei termini ora esposti, con l’aggiunta degli accessori di legge, mentre quelle del presente grado possono essere integralmente compensate in considerazione della parziale soccombenza e della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l’effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, riduce le spese del giudizio di primo grado nei termini esplicitati in motivazione, confermando per il resto la sentenza.

Compensa integralmente le spese del presente grado di giudizio tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/07/2012

IL SEGRETARIO

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