



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.2947 del 2010 proposto dalla spa Impresa Guerrino Pivato, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa anche disgiuntamente dagli avv.ti Diego Vaiano, Sebastiano Artale, Annapaola Zecchini e Giuliano Neri ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio n.3;

contro

ANAS spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliataria;

nei confronti di

Carena spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Arturo

Cancrini, Francesco Vagnucci ed Emilia Piselli ed elettivamente domiciliata presso lo Studio legale Cancrini-Piselli in Roma, Via Giuseppe Mercalli n.13;

per ottenere:

A) l'ANNULLAMENTO:

1) del provvedimento n.13 del 29 gennaio 2009 con cui l'intimata Anas spa ha aggiudicato in via definitiva alla spa Carena l'appalto relativo alla S.S.318 di Valfabbrica - interventi di completamento. Parte A dei lavori di costruzione del tratto di variante della S.S. n.3/bis in località Lidarno a Schifanoia - 5° lotto - 1° stralcio, dal km 13+640 al km 17+545;

2) di tutti gli atti di gara presupposti, connessi e consequenziali.

B) la DICHIARAZIONE di inefficacia del contratto eventualmente intervenuto tra la stazione appaltante e la spa odierna controinteressata;

C) la CONDANNA di Anas spa al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e stipulazione del relativo contratto.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Carena Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2010 il dott.

Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara a procedura ristretta bandita dall'Anas spa per l'affidamento dell'appalto dei lavori di cui in epigrafe, classificandosi al secondo posto della relativa graduatoria, dietro la spa Carena, odierna controinteressata, cui l'appalto de quo è stato aggiudicato.

Con il proposto gravame:

I) ha impugnato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione nonchè tutti gli atti della suddetta gara;

II) ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con la società controinteressata come conseguenza dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, nonchè la condanna della resistente Anas al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto e stipulazione del relativo contratto.

Il ricorso è affidato al seguente ed articolato motivo di doglianza:

Eccesso di potere: errore manifesto, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e motivazione; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara: lett.D) ed E) della lettera di invito.

Successivamente a seguito dell'esame della documentazione relativa

alla gara de qua consegnata dalla stazione appaltante all'odierna istante, quest'ultima ha proposto due atti di motivi aggiunti di doglianza contestando la mancata esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria sotto diversi profili.

Si è costituita Anas spa confutando la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si è pure costituita la spa aggiudicataria, la quale:

- a) ha proposto ricorso incidentale lamentando la mancata esclusione dell'offerta delle ricorrente;
- b) ha contestato con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 24 novembre 2010 il ricorso è stato assunto in decisione.

In via pregiudiziale il Collegio è chiamato ad esaminare il ricorso incidentale il cui eventuale accoglimento comporterebbe l'esclusione dell'offerta presentata dalla spa Guerrino Pivato con conseguente inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale.

In merito è stato fatto presente che la società ricorrente doveva essere esclusa dalla gara in questione per non aver attestato tanto in sede di prequalifica quanto in sede di gara il possesso dei requisiti di idoneità giuridica di cui all'art.38, co.1, lett.b) e c) del D.lgvo n.163/2006 in capo a taluni soggetti, dettagliatamente indicati, i quali, sebbene rivestissero la mera qualifica di procuratori speciali, tuttavia, avevano ampi poteri di amministrazione e di rappresentanza della

società.

La dedotta doglianza incidentale non è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo - premesso che il bando di gara (pag. 4 lett.b) stabiliva testualmente che " le dichiarazioni attestanti l'insussistenza delle condizioni di cui all'art.38, comma1, lett.b) e c) del D.lgvo n.163/2006 e s.m.i dovranno essere espressamente rese anche da tutti i soggetti di cui alla norma citata - il Collegio, prescindendo dall'esame della questione concernente se i soggetti tenuti a dichiarare il possesso dei requisiti di cui alla citata disposizione sono soltanto gli amministratori ed il direttore tecnico di una spa ovvero anche i procuratori in forza dei poteri di gestione e di rappresentanza loro conferiti - intende uniformarsi a quanto statuito per una fattispecie identica a quella oggetto delle presente controversia dalla recentissima sentenza della Sezione Sesta del Consiglio di Stato n.1017/2010, la quale dopo aver richiamato l'orientamento restrittivo secondo cui una dichiarazione non in linea con quanto disposto dalla richiamata prescrizione doveva comportare l'esclusione dalla gara, ha testualmente affermato di "prestare adesione al diverso orientamento secondo cui una dichiarazione resa ai sensi della lettera c) del comma 1 dell'art. 38, d.lgs. 163, cit., anche se radicalmente omessa (ovvero, non corrispondente alla realtà sottostante), non comporta comunque l'esclusione dalla gara dell'impresa interessata quando non sussistano in concreto situazioni ostative alla partecipazione (situazioni della cui

consistenza l'autodichiarazione doveva fornire l'estrinsecazione legale)", sostenendo che " mentre il comma 1 dell'articolo in questione (e, segnatamente, la lettera c), che qui viene in rilievo) prevede in modo inequivoco che sia il possesso in sè di determinati requisiti a condizionare la possibilità di partecipazione alle gare; al contrario il successivo comma 2 prescrive tout court le modalità ordinarie per attestare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo a ciascun candidato, senza che la disposizione in questione fornisca alcun argomento dirimente nel senso dell'esclusione per l'ipotesi di mancata o non perspicua dichiarazione, ovvero nel senso che il dato (per così dire: formale ed estrinseco) relativo all'effettuazione della dichiarazione in sè possa prevalere – nelle ipotesi di contrasto, evidentemente non rientranti nella fisiologia dei rapporti – sul dato (per così dire: sostanziale ed intrinseco) relativo al possesso in concreto dei requisiti di partecipazione, a prescindere – cioè - dal contenuto delle dichiarazioni attraverso cui tale possesso sia stato veicolato".

Ad ulteriore supporto della tesi in questione la citata sentenza ha richiamato l'ordinamento comunitario (art.45 della direttiva 2004/18/CE in tema di appalti nei settori classici), in base al quale il rimedio dell'esclusione dalla gara è offerto solo in danno dei soggetti i quali si siano resi 'gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire le informazioni' rilevanti ai fini della partecipazione alla gara.

"Il che, com'è evidente, depone univocamente nel senso che la

condotta gravemente colpevole di false dichiarazioni possa essere ravvisata solo a fronte di comportamenti posti in essere al fine di ottenere un vantaggio in termini competitivi, e non anche in caso di condotte verosimilmente poste in essere (come nel caso di specie) per mera dimenticanza o disattenzione o per inesatta interpretazione della disposizione, le quali nulla abbiano arrecato in termini di vantaggio al soggetto agente, il quale risultava in possesso dei necessari requisiti di partecipazione, pure a prescindere dal contenuto (in ipotesi, non conforme alla realtà sottostante) delle dichiarazioni in concreto rese.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, per quanto concerne la controversia in esame, poichè la ricorrente incidentale non ha dimostrato che almeno uno dei soggetti dalla stessa individuati e di cui non era stata resa la dichiarazione di cui all'art.38, comma 1, lett. b) e c) non era in possesso dei requisiti di cui alla suddetta norma, il ricorso incidentale deve essere rigettato.

Passando allo scrutinio delle doglianze dedotte in via principale, con la prima delle suddette doglianze la società ricorrente ha sostenuto che l'offerta dell'aggiudicataria era viziata da un grave errore materiale inerente una significativa voce di prezzo, di tal che l'offerta economica considerata ai fini della formazione della graduatoria sarebbe inferiore di € 531.877,10 a quella formulata dall'aggiudicataria alla luce delle analisi dei prezzi dalla medesima predisposte.

In particolare deve essere evidenziato sotto il profilo fattuale che:

a) con riferimento alla voce P.A.V.08 (Rivestimento in rete metallica e biostuoia) l'aggiudicataria ha indicato nell'offerta economica un prezzo unitario di € 17,19 che corrisponde nel complesso ad € 266.325,87;

b) tuttavia dall'analisi della lavorazione de qua risulta palese che il suddetto prezzo complessivo è frutto di un mero errore di calcolo in quanto la Carena, pur avendo indicato un corretto prezzo unitario per la manodopera di € 22,31 (quinta colonna), anzichè indicare nella settima colonna l'importo corretto di € 17,85, risultante dalla moltiplicazione dell'incidenza predeterminata dall'Anas della manodopera sulla predetta lavorazione, pari a 0,800 per il prezzo unitario di € 22,31, ha indicato un importo di € 1,78;

c) un simile errore è stato commesso anche per quanto concerne la voce a.1.04 (manovale all'aperto), atteso che l'aggiudicataria ha indicato un corretto prezzo unitario (€ 20,15) ma ha successivamente indicato un costo unitario di € 1,61, laddove il costo esatto era di € 16,12, risultante dalla moltiplicazione dell'incidenza predeterminata dall'Anas della manodopera sulla predetta lavorazione, pari a 0,800 per il prezzo unitario di € 20,15;

d) i suddetti errori hanno poi determinato che il costo finale unitario, dato dalla sommatoria di tutti i costi delle lavorazioni e formalmente indicato in € 17,19, ammontava invece ad € 51,52, con la conseguenza che l'offerta esatta della Carena, scevra degli errori de

quibus, risultava superiore di € 531,877,10 al prezzo indicato da quest'ultima, per cui la controinteressata si sarebbe posizionata al secondo posto della graduatoria finale dietro l'odierna ricorrente.

La tesi ricorsuale è stata confutata dall'aggiudicataria, la quale, dopo aver ribadito che gli errori de quibus consistevano in un banalissimo errore di trascrizione riconoscibile ictu oculi e consistente nel fortuito spostamento della virgola all'interno del prodotto numerico risultante dalla moltiplicazione e che in ogni caso non vi sarebbe stata alcuna violazione dei minimi tariffari relativi al costo della manodopera, ha evidenziato che correttamente la stazione appaltante in sede di verifica di congruità, una volta acclarata la sussistenza dei citati errori materiali, ha proceduto a verificare che i maggiori oneri derivanti dalla menzionata sottostima erano assorbiti e compensati dalle ben maggiori economie accertate nella propria offerta.

Alla luce di tali elementi, la controinteressata ha sostenuto, infine, che in nessun modo la stazione appaltante avrebbe potuto procedere ad una rettifica della propria offerta e riformulare nuovamente la graduatoria finale, in quanto è principio pacifico nell'ordinamento degli appalti pubblici quello per cui il ribasso percentuale offerto da un concorrente una volta presentato è senz'altro immodificabile ed intangibile.

Ciò premesso, è quindi evidente che l'ubi consistam della doglianza in esame riguarda la sussistenza o meno del dovere in capo alla commissione di gara, una volta accertata la presenza di un palese

mero errore di calcolo, di procedere alla rettifica dell'offerta emendandola dagli errori materiali e, conseguentemente, ove necessario di riformulare la graduatoria finale.

In merito la Sezione intende uniformarsi ad un propria recente sentenza, n.45/2010, resa su una controversia identica a quella in trattazione ed integralmente confermata in secondo grado (sentenza n.4237/2010 della Sezione IV) in cui è stato fatto presente che, stante il generale e concreto potere-dovere del seggio di gara di effettuare ogni controllo sul contenuto reale dell'offerta dei singoli concorrenti (essendo specifico compito affidato dalla legge allo stesso seggio quello di curare che l'interesse generale della collettività, alla cui tutela è interamente improntato il procedimento di evidenza pubblica per la scelta del contraente, sia concretamente perseguito nell'espletamento delle varie fasi della gara e nell'adozione dei relativi atti), non può essere in alcun modo negato che l'errore materiale di calcolo, immediatamente riconoscibile, consenta al seggio di gara di apportare correzioni ai prezzi indicati, di modificare l'offerta e di procedere alla conseguente riformulazione ove necessario della graduatoria finale.

Tale conclusione risulta inoltre avallata, come correttamente rilevato dall'odierna istante (pag. 20 della memoria difensiva) dall'applicazione dei principi civilistici in tema di errore, atteso che, trattandosi di un mero errore materiale riconoscibile di trascrizione, il seggio di gara era tenuto a correggere tale errore quantificando il

prezzo corretto offerto dalla aggiudicataria, non dando luogo tale forma di correzione ad una sorta di indagine sulla volontà della concorrente, in quanto essa era chiarissima ed emergeva prima facie da una lettura della documentazione dalla stessa presentata.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, la doglianza in trattazione risulta fondata, con conseguente annullamento della gravata aggiudicazione definitiva intervenuta a favore della Carena spa e con assorbimento delle altre censure dedotte.

Per quanto riguarda la domanda risarcitoria, premesso che nessun contratto è stato stipulato dalla stazione appaltante con la società aggiudicataria, deve essere evidenziato che:

a) la contestata aggiudicazione è stata disposta sulla base di un palese comportamento negligente della commissione di gara, la quale, una volta acclarata la sussistenza degli errori materiali e quantificato l'importo delle sottovalutazioni, invece di procedere ad una nuova riformulazione della graduatoria sulla base del valore reale appurato dell'offerta della Carena, si è limitata a verificare se il surplus accertato in ordine ai maggiori costi fosse compensato dalle economie riscontrate nell'offerta dell'aggiudicataria;

b) qualora, invece, il ripetuto organo avesse correttamente operato riformulando una nuova graduatoria, è pacifico che l'offerta della società ricorrente si sarebbe collocata al primo posto di quest'ultima, e conseguentemente l'appalto de quo doveva esserle aggiudicato, subordinatamente all'esito positivo dell'eventuale verifica

dell'anomalia della sua offerta;

c) alla luce di tali conclusioni, pertanto, anche la proposta domanda tesa ad ottenere il risarcimento del danno in forma specifica deve essere accolta.

Ciò premesso, il proposto gravame va integralmente accolto.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.2947 del 2010, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Condanna l'intimata Anas al pagamento a favore della società ricorrente delle spese del presente giudizio liquidate in € 5.000,00 (Euro cinquemila)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2011

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

IL SEGRETARIO