



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 numero di registro generale 11387 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Ing Claudio Salini Grandi Lavori Spa, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con IRCOP spa, rappresentate e difese dagli avv.ti Guido Cerruti e Raffaella di Tarsia di Belmonte, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi difensori, in Roma, v.le Liegi, 34;

contro

Anas Spa, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Carena Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Emilia Piselli, con domicilio eletto presso

Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, 13;

per l'annullamento

- del verbale, di data 16.11.2009, dell'audizione dell'ATI Claudio Salini spa, disposta da Anas spa ai sensi dell'art. 88 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, ed avente ad oggetto la verifica in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta della suddetta ATI per la gara d'appalto per gli interventi di completamento Parte A dei lavori di costruzione del tratto in variante da SS 3 bis (SGC E45) in località Lidarno, a Schifanoia, 5° lotto 1° stralcio dal Km 13 640 al Km 17 454, nella parte in cui la Commissione di gara non ha riportato alcuna osservazione in merito alle giustificazioni dell'ATI;
- dell'eventuale istruttoria ANAS circa la verifica dell'anomalia dell'offerta Carena spa;
- dell'aggiudicazione alla Carena del 22.12.2009;
- dell'aggiudicazione definitiva del 29.1.2010 n. 13, comunicata con nota del 2.2.2010, prot. n. CDG-0015392-P;
- di tutti gli atti presupposti e/o connessi, ivi compresa la relazione in merito all'istruttoria della 2° offerta risultata anomala, predisposta dalla Commissione di Gara;
- della disposizione ANAS spa n. 73 del 3.5.2011, concernente l'aggiudicazione definitiva della gara "PG 44/08" in favore di Carena spa; del verbale di gara del 20.4.2011 e del 18.4.2011; di ogni atto presupposto, connesso e/o comunque collegato, ivi compreso, per quanto occorrer possa, il verbale di gara del 13.4.2011;

-della nota ANAS del 10.6.2011 prot CDG 0083723 – P;

- di ogni atto presupposto, connesso e/o comunque collegato, ivi compreso, per quanto occorrer possa, la delibera di approvazione del contratto e contratto medesimo;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Soc Carena Spa;

Viste le memorie difensive della ricorrente, di Anas spa e di Carena spa;

Vista l'ordinanza n. 1473 dell'1.4.2010, di reiezione dell'istanza di tutela cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2011 il dott. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La controversia all'esame, articolata in un ricorso introduttivo e 4 atti di motivi aggiunti (cui hanno controdedotto con memorie difensive l'Amministrazione e la controinteressata), riguarda la gara indetta da Anas spa, con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 22.12.2008, per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, dell'appalto inerente alla "SS 318 di Valfabbrica. Interventi di completamento Parte A dei lavori di costruzione del tratto in

variante della SS 3 bis (SGC E45) in località Lidarno, a Schifanoia, 5° lotto 1° stralcio dal km 13+640 al km 17+454”, per un importo complessivo a base d’asta di euro 53.810.526,51.

Alla gara hanno tra l’altro partecipato la costituenda ATI Ing. Claudio Salini Grandi Lavori spa-Ircop spa, attuale ricorrente, e l’impresa Carena spa, poi risultata aggiudicataria ed in questa sede controinteressata.

Nel corso del procedimento l’ATI Claudio Salini -2^ in graduatoria dopo altra ditta la cui offerta è stata ritenuta non congrua- è stata a sua volta sottoposta a valutazione di anomalia dell’offerta, ai sensi degli artt. 86 e segg. del D.Lgs. n. 163/2006, ed all’esito di tale valutazione, con verbale della Commissione di gara in data 23.11.2009, è stata sostanzialmente esclusa dalla gara stessa, per ritenuta incongruità e inaffidabilità dell’offerta nel suo complesso. La gara, nel prosieguo, è stata aggiudicata definitivamente a Carena spa.

2. Avverso il verbale di audizione orale della stessa ATI ricorrente e l’istruttoria della stazione appaltante in sede di verifica dell’anomalia, ed avverso, altresì, l’aggiudicazione, prima provvisoria e poi definitiva (rispettivamente in date 22.12.2009 e 29.1.2010) della gara a Carena spa, è insorta l’ATI Salini davanti a questo TAR, con il ricorso introduttivo e due successivi atti di motivi aggiunti, depositati il 26 gennaio e il 26 febbraio 2010. Ha dedotto, nel complesso, due articolati motivi di censura attinenti, in estrema sintesi, da un lato, alla dichiarata violazione dell’art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, dell’art.

55 Dir. CE 2004/18, dell'art. 57 Dir. CE 2004/17, e quindi del principio del contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia, con difetto di motivazione ed illogicità e, dall'altro, alla valutazione di incongruità dell'offerta effettuata dalla Commissione di gara, al riguardo evidenziando il profilo di doglianza di asserito errore nella valutazione della produttività e l'altro di mancata valutazione complessiva dell'offerta.

3. Le censure esposte sono da disattendere, alla stregua delle seguenti considerazioni.

I rilievi critici, anzitutto, relativi al carente contraddittorio che sarebbe stato assicurato in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta, non possono essere condivisi, dato che la Commissione di gara nella specie si è pienamente attenuta al disposto di cui all'art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006.

Ed invero il procedimento di riscontro della congruità ed affidabilità dell'offerta è stato condotto attraverso una scansione articolata di fasi successive in cui l'impresa è stata a più riprese sentita e ha avuto modo di rappresentare sufficientemente il proprio punto di vista ed i propri giustificativi. Nello specifico, la stazione appaltante, dapprima ha valutato, nella seduta della Commissione in data 13.10.2009, le giustificazioni preventive degli elementi costitutivi dell'offerta, prodotte dalla concorrente già a corredo dell'offerta stessa. Quindi, avendole ritenute non esaustive, ha chiesto ulteriori giustificazioni su punti specifici dell'offerta (come da nota del 13.10.2009), che sono

state quindi fornite dall'ATI Salini (e conseguentemente valutate dalla P.A. con motivata relazione della Commissione di cui al verbale di gara delle sedute del 3 e 4.11.2009). Dopo di che, residuando profili problematici sulla congruità dell'offerta, analiticamente descritti nella relazione suddetta, la ditta è stata convocata dalla stazione appaltante in audizione per ulteriori chiarimenti il 16.11.2009. Tale audizione, prodromica alla conclusione della fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta, si è svolta nel giorno stabilito. L'impresa nell'occasione ha prodotto ulteriore documentazione e giustificazioni, di cui l'Amministrazione ha dato conto nel documento (di 11 pagine) sottoscritto anche dai rappresentanti della ricorrente ed allegato al verbale del 16.11.2009. Tali ulteriori elementi giustificativi sono stati quindi valutati dalla Commissione, a scioglimento della riserva al riguardo espressa il 16.11.2009, nella seduta riservata del 23.11.2009, ove è stata infine sancita (giusta la motivata ed ampia relazione annessa al verbale di tale seduta) l'inaffidabilità complessiva dell'offerta presentata dall'ATI Salini.

4.E' indubbio quindi, nel caso in esame, che il confronto tra la stazione appaltante e l'offerente sulla questione della congruità o meno dell'offerta, vi è stato e a più riprese. L'obbligo per la P.A. di instaurare un effettivo contraddittorio, successivo all'apertura delle offerte ricadenti nella soglia di anomalia ed all'esame dei giustificativi prodotti a corredo dell'offerta, implica la facoltà, per il concorrente sospettato di anomalia, di produrre in un momento successivo ogni

giustificazione sui vari elementi che hanno suscitato perplessità da parte dell'Amministrazione. Il che è esattamente quanto avvenuto nella specie. Il contraddittorio è stato assicurato ed esso non è risultato carente, in alcuna delle fasi in cui la sequenza procedimentale, in ossequio alla previsione normativa, si è articolata. Né si ravvisano al riguardo, contrariamente a quanto assume la parte ricorrente, profili di illegittimità nella fase di audizione svoltasi ai sensi dell'art. 88, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006. Stabilisce, in effetti, tale norma che “prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile”. Ad avviso della ricorrente in tale fase non vi sarebbe stato un adeguato e reale confronto in contraddittorio tra stazione appaltante e concorrente, non essendo stato consentito a quest'ultima, prima dell'esclusione, di conoscere e giustificare quegli elementi che inducevano l'Amministrazione a dubitare dell'attendibilità dell'offerta. Questo in quanto, in sede di audizione, i Commissari si sarebbero limitati ad annotare le spiegazione dell'ATI Salini, riservandosi di valutarle, senza riconvocare la ricorrente.

Ebbene, dalle evidenze documentali in atti e particolarmente dal verbale dell'audizione (protrattasi per oltre sette ore) in data 16.11.2009, risulta che all'ATI Salini è stato consentito, in sede appunto di audizione, di esporre, dedurre e documentare ogni

elemento utile a dimostrare l'affidabilità dell'offerta, anche a fronte dei puntuali rilievi mossi dalla Commissione sulle voci oggetto di verifica. Nell'occasione, la ricorrente ha prodotto, come rimarca la Commissione, a sostegno delle dichiarazioni rese, una "corposa documentazione" in un "plico costituito da n. 2 faldoni".

Il che ha indotto l'Amministrazione, al termine dell'audizione stessa, ad esprimere "riserva di verificare e valutare nel merito la documentazione consegnata". La definitiva valutazione d'incongruità dell'offerta è stata poi formulata, con relazione ampiamente motivata, in data 23.11.2009.

Tale essendo stato l'operato dell'Amministrazione, reputa il Collegio che esso non meriti censura. Infatti, poiché in sede di audizione era stata prodotta una gran mole di documentazione, involgente tutti i profili problematici dell'offerta, è comprensibile e non illegittimo che l'Amministrazione, per esigenze di attenta ed obiettiva considerazione e valutazione della documentazione stessa, abbia proceduto al riscontro di tutti gli elementi giustificativi prodotti dalla ricorrente, non immediatamente e contestualmente in sede di audizione orale, ma in un momento successivo. Né vi era alcuna necessità di riconvocare l'impresa, essendosi ormai nella fase conclusiva della sub procedura valutativa dell'anomalia, oltre la quale eventuali residui profili problematici non possono che spettare al riscontro giurisdizionale.

E d'altra parte l'art. 88 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 impone

semplicemente che l'Amministrazione convochi l'offerente e che lo stesso sia invitato "a indicare ogni elemento che ritenga utile". Questo nella specie è stato fatto, del tutto correttamente, non imponendo invece, la norma suddetta, che la determinazione finale di ammissione o non ammissione dell'offerta sospettata d'incongruità avvenga essa stessa nel corso dell'audizione.

Il motivo di doglianza esaminato è quindi privo di fondamento.

5. Con la seconda delle esposte censure, la ricorrente contesta poi la valutazione stessa d'incongruità dell'offerta. Peraltro, anche tale motivo è privo di fondamento, atteso che:

a) circa l'asserito "errore nella valutazione della produttività" da parte della Commissione di gara, le censure al riguardo mosse dall'impresa istante sono generiche, incomplete e comunque non condivisibili. Assume, in via prioritaria e generale, la parte ricorrente, che la Commissione avrebbe errato nel considerare, "a dispetto di quanto indicato nella lettera di invito", imm modificabili le tabelle di produttività. Rileva in proposito il Collegio che a pag. 18 della lettera di invito è contenuta la seguente disposizione: "La produttività non potrà essere diversa da quella indicata negli schemi di analisi. Qualora il Concorrente si trovasse in possesso di metodologie tecnologiche diverse da quelle indicate da Anas che, non comportando alcuna variante al progetto esecutivo, consentano di realizzare produttività diverse a quelle indicate, il Concorrente potrà provvedere direttamente a modificare i dati

riportati negli schemi di analisi: in tal caso, il Concorrente avrà cura di giustificare e dimostrare la variazione con apposita ed esaustiva relazione, che dovrà risultare inserita nella busta n. 3 "GIUSTIFICAZIONI". Salvo la dimostrazione succitata, non saranno ritenute ammissibili le offerte che adotteranno produttività superiori a quelle indicate negli schemi di analisi". Alla stregua di tale disposizione, vincolante per l'Amministrazione come per i concorrenti, non sussiste alcuna erronea valutazione da parte della Commissione di gara, che si è attenuta alla *lex specialis*. La modifica della produttività era infatti ammissibile solo nel caso in cui il concorrente avesse dimostrato di applicare "metodologie tecnologiche diverse da quelle indicate da Anas". Tale dimostrazione (per gli aspetti evidenziati da ANAS nella sua relazione conclusiva) nella specie non è stata fornita dall'ATI ricorrente, non potendo d'altra parte la dimostrazione stessa ritenersi inverata sulla base di dichiarazioni della ricorrente riferite ad altre gare con analisi che prevedono produttività maggiori o sulla base di offerte di fornitori/subappaltatori che utilizzano le tecnologie usuali di lavorazione. La censura in questione è dunque in parte qua prima di tutto inammissibile, in quanto la riferita disposizione della lettera di invito non è stata specificamente impugnata dalla ricorrente;

b) sotto altro aspetto, deve rilevarsi che, proprio perché, come asserisce l'istante, "la produttività non è un valore assoluto da ritenersi valido per tutte le specifiche lavorazioni su tutto il territorio

nazionale” ma essa “è un valore assolutamente variabile che risente di fattori specifici rispetto ai luoghi dove si opera”, non può ritenersi conferente il paragone effettuato con le produttività indicate da altre stazioni appaltanti o (come in particolare rimarca la ricorrente) dalla stessa ANAS in altra gara successiva a quella di cui trattasi. Le differenze di produttività indicate nelle diverse gare ben possono essere spiegate con la diversità delle lavorazioni e dei luoghi di lavori, potendosi quindi giustificare produttività diverse, maggiori o minori, nei diversi appalti, a seconda delle connotazioni specifiche proprie di ciascuno di essi. Non può essere assecondato, quindi, nella specie, l’insistito paragone delle produttività nella specie indicate dalla ricorrente con quelle dedotte da altra gara ANAS;

c) in quanto riferita poi a dati di produttività correlati a lavori specifici (quelli propri della gara in contestazione) nemmeno appare del resto illogica, illegittima e riduttiva la clausola del bando (peraltro, ripetesì, non specificamente impugnata) che ammette la modifica dei dati individuati dalla stazione appaltante, solo in caso di indicazione, da parte del concorrente, con relazione giustificativa, di particolari metodologie tecnologiche;

d) inoltre, deve rilevarsi, che la relazione dell’Amministrazione circa l’esito dell’istruttoria sulla valutazione di anomalia dell’offerta in questione, è ampia e motivata punto per punto, con argomentazioni specifiche che in larga parte non risultano nemmeno essere state contestate dalla ricorrente. E tali argomentazioni, anche nella parte

riguardante il punto “produttività”, non sono soltanto quelle basate sulla mancata dimostrazione di metodologie tecnologiche specifiche, ma si estendono anche ad altri aspetti (cfr., soltanto a titolo di esempio, per l’analisi B.5.09d “Acciaio”, le considerazioni riferite ai lavori della Provincia di Firenze; le osservazioni sull’offerta Caltiber; quelle sull’aumento di produttività dell’autocarro e della pala caricatrice; quelle relative alla piegatrice meccanica. Vedi, ancora: per “Acciaio in galleria”, i rilievi sulla piegatrice meccanica; per le analisi B.2.16.d ecc, i rilievi sull’analisi della ditta Trevi; per “Scavo di sbancamento”, le osservazioni sull’autocarro).

Ugualmente incontestati risultano molteplici rilievi riferiti alle offerte commerciali (vedi, ad esempio, quanto argomentato: per B.2.09.a, per analisi B.2.16.d ed altre di seguito ad essa indicate, per analisi C.3.02.b e successive, e così via anche per altre analisi, offerte, sottoanalisi).

Dal che consegue ulteriore motivo di rigetto dell’impugnativa all’esame, non essendo sufficiente a superare gli articolati rilievi dell’Amministrazione il mero generico riferimento alle offerte dei fornitori/subappaltatori ed all’operato di altre stazioni appaltanti; e)anche il profilo di censura relativo alla asserita mancata valutazione dell’offerta nella sua unitarietà e complessità, tenendo anche conto delle sopravvenienze attive, è privo di fondamento.

Come risulta, invero, dalla relazione della Commissione in data 23.11.2009, di tale valutazione complessiva e delle sopravvenienze

attive rappresentate dall'ATI istante, la Commissione stessa si è diffusamente occupata (vedi pagg. da 12 a 17 della relazione). All'esito dell'esame del punto specifico, le sopravvenienze attive indicate dalla ricorrente in sede procedimentale (ed ora ribadite nei motivi aggiunti all'esame) sono state ampiamente (anche con i riscontri numerici) e motivatamente ridimensionate dalla Commissione, sia per l'economia sulle giustificazioni che per i mezzi d'opera e le attrezzature (vedi pagg. 15 e 15 della relazione), mentre per la sopravvenienza attiva della manodopera (che ad avviso della ricorrente, se considerata da ANAS, avrebbe da sola giustificato l'offerta), la Commissione ha formulato la seguente motivazione: "Minor Costo complessivo della manodopera. Per questa categoria l'ATI quantifica un'economia di E 663.000. Per quanto riguarda il costo della manodopera, l'ATI apporta un nuovo supporto documentale, non direttamente conseguente o a chiarimento degli atti già presentati in sede di gara. La Commissione fa presente che la lettera d'invito indica testualmente che "Il costo della manodopera deve essere determinato sulla base dell'ultima tabella dei prezzi emessa dal SIIT – Settore Infrastrutture – della Regione Umbria". Conclude dunque la Commissione rilevando "che l'offerta in esame, valutata nella sua globalità, è da ritenersi non congrua e non affidabile nel suo complesso".

I rilievi suddetti, palesemente reiettivi o di radicale ridimensionamento delle sopravvenienze attive prospettate dalla

ricorrente , non sono stati da quest'ultima in alcun modo specificamente contestati, per cui anche il profilo di censura esaminato dev'essere disatteso.

6. Restano da esaminare il terzo atto di motivi aggiunti che si riferisce, alla rinnovata aggiudicazione definitiva della gara di cui trattasi alla Carena spa con disposizione presidenziale ANAS n. 73 del 3.5.2011 (in esecuzione della sentenza del TAR Lazio, III, n. 241 del 14.12.2010 di annullamento della precedente aggiudicazione per errori di calcolo che inficiavano l'offerta aggiudicataria e che se considerati, come dovuto, dalla stazione appaltante, avrebbero comportato un diverso ordine della graduatoria) con i presupposti verbali della Commissione (impugnati anch'essi) del 18 e 20.4.2011, ed i quarti motivi aggiunti, relativi alla nota di comunicazione di avvenuta formalizzazione della stipula del contratto, con relativa delibera di approvazione del contratto e contratto medesimo.

Assume, in proposito l'istante, che non le sarebbero state comunicate le sedute pubbliche della Commissione di gara in data 18.4.2011, in cui è stata riformulata la graduatoria della gara con individuazione della nuova aggiudicataria (impresa Pivato spa), ed in data 20.4.2011, in cui l'impresa Carena è stata dichiarata nuovamente aggiudicataria provvisoria a seguito della rinuncia all'aggiudicazione della suddetta impresa Pivato che la precedeva nella nuova graduatoria. Per cui, assume la ricorrente, tale sedute della Commissione non sarebbero state pubbliche, non le sarebbe stato

comunicato l'avvio del procedimento, non le sarebbe stato consentito di partecipare al nuovo procedimento di aggiudicazione aperto da Anas a seguito della sentenza suddetta e di esprimere la propria posizione.

Al riguardo rileva il Collegio che i motivi aggiunti riferiti alla nuova aggiudicazione e ai contestati verbali della Commissione (sopra enunciati) sono inammissibili, per difetto di interesse, trattandosi di una fase di riedizione procedimentale alla quale l'istante ATI era ormai sostanzialmente estranea, poiché l'offerta dalla stessa presentata era stata esclusa dalla prosecuzione della gara per anomalia conclamata in sede procedimentale alla stregua di determinazioni della stazione appaltante come sopra riconosciute legittime da questo TAR. Sicchè la ricorrente stessa non aveva titolo ad partecipare e ad interloquire nella rinnovata fase procedimentale, né può esserle ora riconosciuto l'interesse, anche solo strumentale, a farne valere gli eventuali vizi (cfr. CdS, Ad. Pl., n. 4 del 7.4.2011). D'altra parte, l'attività di rinnovazione dell'aggiudicazione si è svolta in esecuzione di una sentenza che riguardava specificamente le posizioni in graduatoria dell'impresa Pivato e della Carena spa e non la graduatoria per altre posizioni o la gara nella sua interezza, per cui legittimamente tale attività di rinnovazione si è limitata alle determinazioni consequenziali alla riformulazione della graduatoria secondo il decisum del TAR.

All'esito del ricorso e dei motivi aggiunti sino a questo punto

esaminati consegue infine il rigetto anche dei quarti motivi aggiunti, formulati sul solo rilievo di un'illegitimità derivata che ovviamente, per quanto sin qui deciso, non sussiste.

7. In base alle esposte considerazioni va respinto il ricorso in epigrafe, con i relativi motivi aggiunti, ma le spese di giudizio, data la particolarità delle questioni esaminate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge gli stessi.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2012

IL SEGRETARIO

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