



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER L'EMILIA-ROMAGNA
BOLOGNA
SEZIONE I

Registro Sentenze: 1840/2007
Registro Generale: 257/2005

nelle persone dei Signori:

CALOGERO PISCITELLO Presidente
GIORGIO CALDERONI Cons. , relatore
CARLO TESTORI Cons.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 257/2005 proposto da:

SOCIETA' FILICE S.R.L.
LOGOS SRL

rappresentate e difese da:

DE SANTIS AVV. STANISLAO
ALOE AVV. ALBERTO
con domicilio eletto in BOLOGNA VIA G. RUGGI, 6
presso
ALBERTI AVV. ALESSANDRO

contro

CONSORZIO BONIFICA DI 2^GRADO CANALE EMILIANO ROMAGNOLO
rappresentato e difeso da:

NASCETTI AVV GIAN PAOLO
BALDACCI AVV FRANCESCO
con domicilio eletto in BOLOGNA
VIA S.Stefano 29
Presso
NASCETTI AVV GIAN PAOLO

e nei confronti di
RUSSOTTO S.R.L.

rappresentata e difesa da:

*FATA AVV. DOMENICO
con domicilio eletto in BOLOGNA
PIAZZA CAVOUR 2
presso il proprio studio*

per l'annullamento

- del provvedimento in data 31 gennaio 2005, con il quale il Consorzio di Bonifica di Secondo Grado per il Canale Emiliano- Romagnolo ha escluso le ricorrenti dalla gara per licitazione privata per l'appalto degli interventi di adduzione e distribuzione, ad uso plurimo, delle acque del Canale Emiliano Romagnolo-1° lotto;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della stessa gara, assunto dall'ente appaltante in data 8 febbraio 2005;
- della clausola di cui al quart'ultimo capoverso dell'appendice 2, allegata alla lettera d'invito del 16 agosto 2004;

e per il risarcimento dei danni consequenziali

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito, alla pubblica udienza del 21 giugno 2007, il relatore Cons. Giorgio Calderoni;

E uditi, altresì, per le parti, i difensori presenti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Con l'atto introduttivo del giudizio, le Società ricorrenti impugnano gli atti in epigrafe, relativi alla procedura di gara, indetta dal Consorzio di Bonifica di Secondo grado per il Canale Emiliano Romagnolo, per l'appalto degli interventi di adduzione e distribuzione ad uso plurimo delle acque del Canale Emiliano Romagnolo, Area

Senio-Lamone, 1° lotto (importo complessivo di € 8.555.076,97); e deducono in diritto

- 1) **violazione dell'art. 21, comma 1 bis legge n. 109/94 e dell'art. 30 Direttiva CEE 14 giugno 1993 n. 93/37; violazione dei principi di imparzialità, di buon andamento e del giusto procedimento; eccesso di potere per disparità di trattamento e sviamento**, nell'assunto fondamentale che, prima dell'esclusione di una offerta per eventuale anomalia, dovrebbe svolgersi un effettivo contraddittorio tra stazione appaltante e impresa interessata, tale da consentire all'impresa il diritto di replica nell'ipotesi in cui le (ulteriori) giustificazioni prodotte non risultassero *prima facie* suscettibili di essere accolte; mentre, nella specie, il Consorzio avrebbe omesso di attivare il necessario contraddittorio prima di procedere alla definitiva esclusione delle ricorrenti, per inattendibilità delle giustificazioni aggiuntivamente richieste e la stessa clausola della lettera di invito, espressamente impugnata, non prevederebbe tale completezza del contraddittorio;
- 2) **ulteriore violazione del principio del buon andamento e del giusto procedimento; eccesso di potere per sviamento, travisamento e difetto di motivazione**, sostenendosi, comunque, la marginalità delle giustificazioni richieste dalla stazione appaltante, dalle quali non sarebbe stata intaccata l'offerta nel suo insieme;
- 3) **violazione dell'art. 3 legge n. 241/90; difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità, difetto del presupposto e manifesta ingiustizia**, qualificandosi come apodittici gli assunti esplicitati dall'Amministrazione a sostegno della disposta esclusione;

4) **violazione dell'art. 89 comma 4 DPR n. 554/1999 e delle disposizioni di gara**, con riferimento alla brevità (7 giorni) del termine concesso alle imprese per produrre le proprie giustificazioni.

II. Costituendosi in giudizio, il Consorzio intimato e la Società controinteressata sottolineano innanzitutto, in fatto, come – circostanza, questa, risultante dagli atti di gara – in realtà il ribasso effettivo, ricavabile dal prezzo offerto dalle ricorrenti e pari ad oltre il 35%, fosse superiore a quello dalle stesse indicato (32,238%); e contestano la fondatezza delle censure avversarie, oltrechè (la sola Soc. controinteressata) l'ammissibilità del primo mezzo di impugnazione.

III. Con Ordinanza 10 marzo 2005, n. 280, questa Sezione respingeva la domanda cautelare, presentata dalla Società ricorrente, nella duplice considerazione:

“che, ad un primo esame, non sembra assistita da apprezzabili profili di fumus la censura relativa alla presunta omissione di un adeguato contraddittorio; che in ordine alle ulteriori censure non appaiono ravvisabili, alla luce della documentazione acquisita al giudizio, gli specifici presupposti richiesti dall'art. 23-bis della legge n. 1034/1971 per la concessione della tutela cautelare”.

Detta Ordinanza veniva confermata dal Consiglio di Stato (Sez. VI, 3 maggio 2005, n. 2182) nel rilievo *<che, ad un primo sommario esame, non sono emersi elementi tali per discostarsi dalla statuizione del primo giudice per quanto attiene alla lamentata mancanza di contraddittorio e alle “ulteriori censure”>*.

Indi, la causa passava in decisione all'odierna udienza pubblica, in vista della quale parte ricorrente e parte pubblica resistente hanno prodotto rispettive memorie conclusive.

IV.1. Ciò premesso, in ordine al fondamentale *thema decidendum* (cui, infatti, è dedicata anche gran parte della memoria conclusiva delle ricorrenti) e che concerne la violazione o meno del principio del contraddittorio, lamentata con il primo mezzo di impugnazione, il Collegio non può che confermare l'avviso già espresso in fase cautelare ed espressamente confermato, sul punto, dal Consiglio di Stato, in sede di appello nella medesima fase.

IV.2. Invero, le ricorrenti invocano, in sostanza, una sorta di terzo grado di contraddittorio, tale per cui, nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, l'Amministrazione dovrebbe - una volta richieste all'impresa le giustificazioni (aggiuntive di quelle rese in prima battuta a corredo dell'offerta) - instaurare sulle stesse un'ulteriore fase di interlocuzione con l'impresa medesima.

Ma la sussistenza, in capo alla stazione appaltante, di siffatto onere di contraddittorio supplementare è stata costantemente esclusa dalla giurisprudenza nel vigore della normativa antecedente all'entrata in vigore del nuovo D. Lgs. n. 163/2006 (e, segnatamente, del suo art. 88), e cioè di quelle disposizioni di cui proprio - nel caso di specie e col motivo all'esame - si deduce la violazione: ovverosia l'art. 21, comma 1 *bis* legge n. 109/94 e l'art. 30 Direttiva CEE 14 giugno 1993 n. 93/37.

In una fattispecie assolutamente identica alla presente (*lex specialis* di gara obbligante i concorrenti a presentare già a corredo dell'offerta - indicandone i contenuti minimi - le giustificazioni che sarebbero poi state esaminate nel caso in cui questa avesse superato la soglia di anomalia; su tali giustificazioni, ove non immediatamente idonee a giustificare la congruità dell'offerta, sarebbero stati chiesti gli eventuali chiarimenti, dando così applicazione al principio del contraddittorio sancito dall'art. 21, comma 1 *bis*, della L. 109/1994), la Sez. I del Tar Veneto (24

giugno 2005, n. 2649) ha, per esempio, ritenuto che <il dedotto vizio di violazione del contraddittorio non sussista, né che esso sia venuto meno per non avere il responsabile del procedimento instaurato una ulteriore fase di chiarimento sulle giustificazioni fornite dalla ricorrente.

Il contraddittorio che la norma prescrive al fine di poter escludere le offerte anomale si sostanzia infatti nella necessaria acquisizione delle giustificazioni del concorrente (sempre che esse non siano riscontrabili e ritenute sufficienti nell'offerta) e non già, come sostiene la ricorrente, nell'obbligo per la stazione appaltante di instaurare uno specifico contraddittorio anche sulle giustificazioni fornite (cfr. T.A.R. Sardegna sez. I^a, 4 marzo 2004 n. 306).

Non è infatti l'amministrazione che deve provare, come sostiene parte ricorrente, che il concorrente non aggiudicatario per anomalia dell'offerta "non possa svolgere in concreto la prestazione ai prezzi da esso indicati" (prova che l'amministrazione appaltante non può ovviamente fornire) ma è quest'ultimo a dover dimostrare, attraverso i documenti che ne provino la congruenza e la completezza, di poter realizzare l'opera alle condizioni particolarmente favorevoli, dal medesimo offerte: il punto delicato del giudizio non è quindi se il concorrente la cui offerta risulti "anomala" rispetto alla media possa realizzare l'opera al prezzo offerto, estremamente conveniente per l'amministrazione, ma se l'offerta che le regole di gara impongono di escludere proprio per eccesso di convenienza si dimostri, all'esito della verifica seria e congruente per il proponente ed accettabile per l'amministrazione, che altrimenti, per il rischio insito nelle offerte anomale, è tenuta a rifiutarla.>

IV.3. Il Collegio condivide tali argomentazioni, non solo perché esse poggiano su altro precedente giurisprudenziale del TAR Sardegna ivi espressamente richiamato, ma in quanto si rivelano conformi alla complessiva scansione sub-procedimentale che - in materia ed alla stregua del citato art. 21 - viene delineata dallo stesso Giudice amministrativo d'appello: si veda, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2879, secondo cui (cfr. capo 9 e ss.):

“9. La verifica dell’anomalia delle offerte si configura, poi, come un subprocedimento all’interno di quello di scelta del contraente logicamente articolato in tre distinti momenti: della richiesta di giustificazioni all’offerente (primo momento); della presentazione dei chiarimenti, precisazioni e degli elementi giustificativi dell’offerta da parte dell’impresa (secondo momento); della verifica e valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti da parte dell’amministrazione aggiudicatrice (terzo momento). La normativa nazionale di cui all’indicato art. 21 della legge n. 109/1994 anticipa il contraddittorio al momento della formazione e presentazione della domanda di partecipazione, imponendo ai concorrenti di fornire giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative indicate nel bando di gara o nella lettera di invito che concorrono a formare un importo non inferiore al 75% di quello posto a base di gara. Il che contribuisce ad accelerare la procedura di verifica dato che, attraverso la presentazione preventiva delle giustificazioni, l’amministrazione può disporre da subito di elementi utili di valutazione per poter controllare la congruità delle offerte presentate; con la possibilità, sulla base di tali sole giustificazioni, di considerare l’offerta, benché apparentemente anormalmente bassa, seria ed attendibile e pertanto accettabile. L’anticipazione delle giustificazioni serve anche a scongiurare il pericolo che le stesse, anziché essere

realmente esistenti al momento della presentazione della domanda, vengano artatamente costruite ex post. Nel caso in esame, la documentazione allegata all'offerta della Salini Costruttori s.p.a. non era ritenuta sufficiente a giustificare la percentuale di ribasso, di modo che, correttamente, la stazione appaltante, con nota del 5 febbraio 2004, ne notificava l'inattendibilità all'impresa offerente, sollecitando ulteriori chiarimenti con riferimento ad 82 voci delle circa 500 che concorrevano alla formazione del prezzo; ed a seguito di un incontro tenutosi negli uffici della stazione appaltante, con nota del 19 febbraio 2004, chiedeva ulteriori adempimenti, assolti il 25 febbraio 2004.

10. Legittimamente, pertanto, la stazione appaltante, pur in presenza di palese inattendibilità dell'offerta del raggruppamento facente capo alla Salini s.p.a. non lo ha immediatamente escluso dalla gara. La richiamata disposizione nazionale che anticipa il contraddittorio al momento della formulazione della domanda non consentiva, infatti, un'immediata esclusione delle offerte ritenute, in tale prima fase, non congrue, derivandone, altrimenti, la violazione del principio comunitario della previa necessità del contraddittorio con l'impresa offerente. L'esigenza, inoltre, di assicurare un effettivo contraddittorio con l'impresa offerente non precludeva all'impresa medesima di produrre, nel corso del procedimento di verifica, documentazione nuova e diversa rispetto a quella prodotta in allegato all'offerta, dato che l'integrazione delle giustificazioni originarie può costituire fisiologico e naturale arricchimento dei dati e documenti inizialmente prodotti, con il limite del non stravolgimento dell'offerta come inizialmente proposta (Cons. St. Sez. VI, 8 marzo 2004). Stravolgimento, che non sembra si sia verificato nel caso in esame, in cui i nuovi prezzi del calcestruzzo e di altri materiali dell'appalto, indicati dalla

Salini a giustificazione del proposto ribasso percentuale, pur confermando l'inattendibilità dell'offerta originaria, non ne comportavano- contrariamente a quanto dedotto dal raggruppamento controinteressato- una sostanziale alterazione. Di modo che, giustamente, la struttura tecnica della stazione appaltante, solo all'esito del procedimento, con valutazione ampiamente motivata, dava atto dell'inattendibilità dell'offerta Salini e ne informava il responsabile del procedimento che, a sua volta, ne dava comunicazione alla commissione di gara che aggiudicava l'appalto al raggruppamento controinteressato facente capo all'impresa Adanti s.p.a.

12. La descritta articolazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non comportava, infatti- come pretenderebbe la Salini appellante- che, nella valutazione finale dell'amministrazione, dovessero considerarsi soltanto i documenti prodotti successivamente alla contestazione dell'inadeguatezza di alcune delle voci dei prezzi dell'appalto. E nemmeno comportava la necessità di una sorta di progressivo avanzamento della contestazione delle riscontrate carenze, quasi che il provvedimento finale- come pure pretenderebbe la Salini s.p.a. -dovesse implicare una necessaria corrispondenza tra deciso e contestato, come se si trattasse di un atto a formazione progressiva riconducibile ad una volontà concordata tra l'impresa e l'amministrazione appaltante. Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è, infatti, unico ed i due momenti nei quali si articola il suo sviluppo vanno alla fine contestualmente ed unitariamente valutati con giudizio conclusivo della sola stazione appaltante che tiene conto di tutte le acquisizioni comunque compiute. Ed anche se non è consentita l'esclusione di un'impresa sulla sola base dell'esame preliminare dell'analisi dei prezzi allegata all'offerta e senza avere chiesto ulteriori chiarimenti,

non è, tuttavia, precluso che- ritenuti insufficienti i chiarimenti forniti- il giudizio di non congruità sia motivato con riferimento principalmente alle allegazioni originarie alla proposta domanda.”

Anche l'insieme delle proposizioni che precedono disegnano, dunque, un quadro della verifica dell'anomalia dell'offerta in cui:

- la garanzia della previa necessità del contraddittorio con l'impresa offerente è posta in esclusiva funzione del provvedimento di esclusione, che non può essere immediatamente adottato sulla sola scorta dell'offerta iniziale, anche se di palese inattendibilità, in quanto deve, comunque, essere esperita “la fase contraddittoria, volta a consentire all'impresa di difenderne la sostenibilità” (cfr. in termini, di recente: T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 15 marzo 2007, n. 2201);
- il provvedimento finale di esclusione non è, tuttavia, frutto di quella sorta di “fattispecie a formazione progressiva” a due (tra stazione appaltante e impresa), che anche le censure della parte qui ricorrente finiscono per prospettare;
- il giudizio conclusivo è, comunque, formulato “in solitudine” dalla stazione appaltante, che tiene conto di tutte le acquisizioni compiute (in sede di offerta e di ulteriori giustificazioni).

IV.4. In conclusione, nessun onere gravava, nel caso di specie, sul CER appaltante di effettuare una ulteriore interlocuzione con le imprese ricorrenti circa le giustificazioni da queste prodotte, in via ulteriore a quelle preventivamente redatte a corredo dell'offerta presentata, ragion per cui, il primo mezzo di impugnazione deve essere disatteso, in quanto infondato nel merito: il che dispensa il Collegio

dall'esaminare la specifica eccezione di inammissibilità di tale censura, sollevata dalla controinteressata.

V. Nella propria memoria conclusiva, parte ricorrente insiste poi su un altro e complementare profilo di violazione del contraddittorio (e dell'art. 89, comma 4 DPR n. 554/1999): quello del termine di sette giorni concesso per le giustificazioni, censurato con il quarto ed ultimo mezzo del ricorso introduttivo, per la sua brevità e per la sua difformità da quello (10 gg.) previsto dalla *lex specialis* della gara.

Al riguardo, il Collegio - convenendo con gli argomenti di fondo sviluppati dalle difese delle parti resistenti, ed in particolare dal Consorzio di Bonifica - osserva quanto segue:

- a) è esatto che risulta non pertinente il richiamo, effettuato dalle ricorrenti, all'art. 89, comma 4 D.P.R. n. 554/99, in quanto tale norma si riferisce espressamente al “caso di lavori di importo inferiore al controvalore in Euro di 5.000.000 di DSP”, invece superato nel caso di specie (oltre 8 milioni di euro);
- b) mentre il termine (di 10 giorni) da tale norma stabilito per la presentazione delle giustificazioni da parte delle imprese offerenti ha carattere perentorio in quanto è accompagnato, in caso di inosservanza, dalla sanzione dell'esclusione dalla gara, analoga valenza perentoria non è, invece, ravvisabile - in applicazione del canone generale di cui all'art. 152 CPC - nel termine di dieci giorni indicato dall'allegato 2 alla lettera di invito 16.8.2004, siccome non assistito da siffatta sanzione di esclusione;

- c) d'altra parte, la giurisprudenza formatasi sul quadro normativo espressamente abrogato dal citato DPR 554, e cioè sull'art. 5 legge n. 14/1973, ha costantemente ritenuto che il termine di 10 giorni per la presentazione delle giustificazioni, stabilito dal quattordicesimo comma di tale articolo, non avesse carattere perentorio e che la presentazione tardiva della giustificazione non legittimasse l'esclusione della ditta dalla gara, stante l'assenza, in questa disposizione, di qualsiasi previsione sanzionatoria (cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. IV, 16.3.1999, n. 284);
- d) della stessa natura non perentoria, partecipa all'evidenza il termine, pur più breve (7 gg.), concretamente indicato per le giustificazioni in conclusione della nota 26.11.2004 del responsabile del procedimento, essendo anche detto termine sfornito di qualsivoglia previsione sanzionatoria per la sua inosservanza.

Se ne deve concludere che l'impresa ricorrente difetta di interesse alla proposizione della presente censura, stante il carattere non lesivo dell'anzidetta determinazione del RUP, nonché dell'impugnata clausola del menzionato All. 2, recante il più ampio (ma ugualmente non perentorio) termine di 10 giorni.

VI.1. Le rimanenti censure svolte nell'atto introduttivo del giudizio non vengono più riprese dalle ricorrenti in sede di memoria conclusiva.

Di esse si tratterà, quindi, rapidamente, stante anche la prognosi negativa già anticipata in entrambi i gradi della fase cautelare.

VI.2. Circa il secondo motivo (presunta marginalità delle categorie di lavori per cui è stata richiesta la giustificazione alle ricorrenti) è sufficiente osservare come in materia viga pacificamente il principio per cui la valutazione di anomalia deve avere

ad oggetto l'affidabilità globale dell'offerta (cfr. Consiglio di stato, sez. VI, 31 gennaio 2003, n. 493), dal che discende che, in una gara d'appalto, l'omessa estensione della verifica in contraddittorio a tutte le voci dell'offerta presuntivamente anomale, da parte dell'ente appaltante, non costituisce vizio di legittimità inficiante l'operato del seggio di gara, essendo se mai onere gravante sulle imprese offerenti quello di estendere le proprie giustificazioni alle voci residue, anche al fine di compensare eventuali anomalie non adeguatamente giustificate in via preventiva (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 7/12/2005, n. 848).

VI.3. Non sussiste, infine, il difetto di motivazione dei provvedimenti impugnati, dedotto - mediante il terzo motivo - in stretta correlazione e complementarietà con l'asserita violazione del contraddittorio, di cui alle censure precedenti: non sussiste sotto tale ultimo specifico profilo, in quanto detta violazione è già stata esclusa dalle considerazioni sin qui esposte; e non sussiste in sè, poiché dall'insieme degli atti di gara (e non dalla sola comunicazione di esclusione 8.2.2005) emerge un quadro motivazionale ampio, esauriente ed ampiamente in linea con i parametri di sufficienza elaborati dalla giurisprudenza in tema di valutazione dell'anomalia delle offerte (cfr. in particolare relazione RUP sull'anomalia delle offerte in data 24.1.2005; par. 2.1 del verbale di chiusura della gara in data 31 gennaio 2005).

VII. Conclusivamente, le domande annullatorie e risarcitoria, proposte con il ricorso in epigrafe, vanno respinte.

La controversia presenta, tuttavia, taluni aspetti di peculiarità che giustificano una condanna di parte ricorrente alla rifusione solo parziale delle spese di lite, e cioè - vista la nota spese presentata dal C.E.R. - nella misura di € 10.000,00 (euro

diecimila/00) in favore del Consorzio di Bonifica stesso e di € 10.000,00 (euro diecimila/00) in favore della controinteressata Russotto S.r.l..

Spese compensate per il resto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna - Bologna, I sezione, RESPINGE il ricorso in premessa e le domande annullatorie e risarcitoria con esso proposte.

Condanna la parte ricorrente a pagare alle parti resistenti, a titolo di spese di lite, le somme rispettivamente indicate in motivazione.

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

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 21 giugno 2007.

Presidente f.to Calogero Piscitello

Cons. Rel. est. f.to Giorgio Calderoni

Depositata in Segreteria in data 10.9.2007

Bologna li 10.9.2007

Il Segretario f.to Livia Monari