

Non sono sindacabili dal giudice amministrativo , se non perché considerate manifestamente illogiche o irragionevoli o fondate su insufficiente motivazione, né la valutazione dell'analogia del servizio né la valutazione dell'anomalia

Il Tar Lombardia, Milano con la sentenza numero 1774 del 17 aprile 2007 merita di essere segnalata per i seguenti principi in essa esplicitati:

- √ <La valutazione dell'analogia del servizio deve essere considerato un giudizio rientrante nell'ambito della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione; si tratta, infatti, di considerare se i singoli ser-vizi svolti abbiano una natura simile a quella del servizio oggetto dell'appalto. Pertanto può essere sindacato in questa sede solo se manifestamente illogico o irragionevole

- √ Quanto alla valutazione dell'anomalia, si deve in primo luogo evi-denziare come la giurisprudenza sia costante nel ritenere che si tratti di un apprezzamento squisitamente tecnico, che riguarda dunque il meri-to dell'azione amministrativa e si sottragga, pertanto, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo se non in limiti ristretti; il subprocedimento di verifica della congruità di un'offerta anomala costituisce, infatti, espressione di un potere tecnico-discrezionale, insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le giustificazioni formulate siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione>

Ma vi è di più

<Il giudizio sull'anomalia dell'offerta nelle gare di appalto di opere pubbliche costituisce una tipica valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione ed è sindacabile non solo ove presenti palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità o evidenti contraddizioni lo-giche, ma anche ove si rilevi la chiara incongruità della motivazione circa l'apprezzamento dell'anomalia>

A cura di Sonia Lazzini

Sentenza n. 1774/07 depositata il 17.4.2007

Reg. Dec.1774/07

2683/06 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

Sezione prima

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Sul ricorso n° 2683 del 2006

proposto da

** s.p.a. e ** s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli Avvocati Riccardo Montanaro e Maurizio Saladino, con domicilio eletto in MILANO, Viale Regina Margherita 43 presso l'Avv. Saladino

contro

COMUNE DI Maleo , in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall' Avv. Giuseppe Franco Ferrari
con domicilio eletto in via Milano Corso Vittorio Emanuele II 15

e nei confronti di

** Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli Avvocati Rinaldo Bonatti, Lorella Fumarola e Alberto Sciumè, con domicilio eletto in Milano via San Barnaba 32 presso lo studio degli Avvocati Bonatti e Fumarola.

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

della delibera del Comune di Maleo n° 105 del 13-9-2006, comunicata il 26-9-2006 con la quale è stato aggiudicato in via definitiva al rag-gruppamento **-Ramoco l'appalto relativo alla messa in sicurezza e bonifica dell'intervento in località Cascina Sessa;
delle Relazioni sulle soluzioni progettuali proposte dall'ATI ** in data 17-11-2006;
della Relazione della procedura di verifica dell'anomalia del 17-11-2006;
impugnate con i motivi aggiunti notificati il 21-2-2006

di ogni altro atto comunque preordinato e connesso;

per la declaratoria di nullità, inefficacia e annullamento del contratto stipulato con la ATI aggiudicataria;

per la declaratoria del costituendo raggruppamento ** ** ad ottenere l'aggiudicazione della gara;

Visti gli atti tutti della causa;

visti gli atti di costituzione della amministrazione resistente e del rag-gruppamento controinteressato;

visto il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento controinteressato;

Udito alla pubblica udienza del 21-2-2007 il relatore primo referendario Cecilia Altavista;

Uditi altresì i procuratori delle parti, come da verbale in atti;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Maleo, con bando del 17-3-2005, ha indetto una gara mediante licitazione privata per l'affidamento del servizio di messa in sicurezza e bonifica della discarica di rifiuti solidi urbani in località Cascina Sessa.

A seguito della fase di prequalifica, venivano invitate cinque imprese; di queste, tre hanno presentato l'offerta; nella prima seduta pubblica del 12-9-2005 sono stati esaminati i plichi contenenti la documentazione amministrativa; a seguito di tale esame venivano ammesse alla fase successiva la costituenda ATI ** e la costituenda ATI - **; la prima, peraltro, con riserva della verifica che l'intervento di cui al punto 6.1.5.lett b della lettera di invito fosse valutato limitatamente a 36 mesi e non a 46 come indicato dal raggruppamento .

A seguito dell'apertura dell'offerta tecnica e di quella economica, veniva valutata come economicamente più vantaggiosa l'offerta presentata del costituendo raggruppamento **.

Pertanto, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore di tale raggruppamento costituendo. Successivamente si procedeva alla valutazione dell'anomalia dell'offerta che veniva ritenuta giustificata.

Veniva dunque disposta l'aggiudicazione definitiva.

Avverso tale provvedimento è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione degli artt 2, 6, 12, 13 e 16 del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art 1 punto 7 e dell'art 12 capitolato; violazione del punto 6.2. e 7 della lettera di invito; violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche e della par condicio; eccesso di potere per illogicità, incongruenza e disparità di trattamento; vizio del procedimento, errore e difetto dei presupposti; dell'istruttoria e della motivazione; violazione dell'art 25 del d.lgs. n° 157 del 1995 .

Si sono costituite l'Amministrazione resistente e la controinteressata ** contestando la fondatezza del ricorso;

sono stati notificati i seguenti motivi aggiunti avverso le relazioni sulle soluzioni progettuali e sulla congruità dell'offerta:

violazione degli artt 3 e 21 octies della legge n° 241 del 7-8-1990; eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento, difetto di motivazione, illogicità e ingiustizia manifesta; incompetenza; violazione della lex specialis di gara.

E' stato proposto ricorso incidentale dalla difesa della controinteressata ** nei confronti dei verbali di gara nella parte in cui hanno attribuito i punteggi tecnici sostenendo le seguenti censure: eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di motivazione, illogicità manifesta; incompetenza; difetto dei presupposti; violazione della lex specialis di gara.

All'udienza pubblica del 21-2-2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Sostiene la parte ricorrente la illegittimità dell'operato della Commissione giudicatrice, in quanto avrebbe valutato l'offerta dell'aggiudicataria, pur essendo questa difforme da quanto previsto dal capitolato e dalla lettera di invito.

Tale profilo di censura non può essere condiviso.

In primo luogo, si deve evidenziare che l'art 12 del capitolato prevede espressamente che la impresa offerente potrà assumere come proprio il progetto del servizio ai fini della responsabilità; inoltre, integrare/modificare, assumendone sempre la piena ed incondizionata responsabilità, il progetto del servizio, in ordine alla quantità da trattare e alle modalità di trattamento, fornendo elementi probatori adeguatamente motivati e restando gli obblighi di bonifica presenti dall'appalto. In particolare, poi, l'impresa dovrà illustrare la tecnologia, il processo e l'impianto di trattamento sui rifiuti per l'elaborazione dei particolari costruttivi e dei piani di lavoro.

Tali piani sono considerati espressamente documenti integrativi del progetto esecutivo. Inoltre devono essere sottoposti prima della aggiudicazione definitiva alla direzione lavori e successivamente essere approvati dalla stazione appaltante previo parere degli enti di controllo.

Da tale disciplina prevista dal capitolato emerge con chiarezza che l'ambito della integrazione del progetto esecutivo sia ampia.

Pertanto non ogni differenza dal progetto può condurre a considerare l'offerta diversa da quanto richiesto.

A questo punto si deve esaminare se nell'offerta presentata dalla ** sussistono difformità essenziali e se queste non possano rientrare nel potere, riconosciuto dal bando, di integrazione del progetto, di talché avrebbero dovuto condurre all'esclusione dell'offerta.

Sostiene la difesa ricorrente che la difformità non ammissibile sarebbe rappresentata dalla previsione di un sistema di well point senza barriera a valle, elemento indicato come essenziale nel capitolato e nelle relazione tecnica allegata.

Tale censura non è suscettibile di accoglimento.

In primo luogo, il capitolato all' art 1, nella indicazione dell'oggetto dell'appalto, prevede al punto 7 la realizzazione e gestione del sistema di captazione e abbassamento della falda (well point, eventuale trincea drenante) come indicato nella relazione tecnica allegata. La relazione tecnica, individuando i sistemi di gestione e protezione della falda (punto 5.4.), richiede l'installazione di well point e, eventualmente, di una trincea drenante ubicata a valle del deflusso idrico verso l'Adda morta, con funzione di drenare il flusso idrico di valle.

Nel progetto presentato dalla aggiudicataria si prevede solo il sistema di well point .

In particolare, si prevede l'eventuale sistema di well point solo nei punti in cui sia verificato l'effettivo contatto del corpo discarica con i rifiuti e solo al momento dell'eventuale effettiva necessità.

Tale scelta progettuale è stata determinata in quanto well points in punti di non contatto avrebbero potuto creare un ulteriore punto di mescolamento tra le acque di falda e i rifiuti, anzi pericoloso.

Tale sistema è stata ritenuta una corretta soluzione operativa rispetto alle scelte progettuali richieste dal capitolato e comunque approvata dalla stazione appaltante come previsto dal Capitolato.

Al posto poi della trincea drenante indicata come eventuale nel progetto, quale sistema di controllo della falda di valle è stato previsto il sistema di well point , anche questo ritenuto migliore in quanto non richiedente un apposito scavo di cospicue dimensioni.

Ne deriva che in relazione ai poteri attribuiti dal capitolato di modificazione del progetto, e alle concrete differenze operative, emerge, quindi, con chiarezza, che le soluzioni progettuali proposte dalla * rientrano nell'oggetto dell'appalto come descritto nel capitolato e nella relazione tecnica allegata.

Quanto alla bontà della soluzione proposta, una tale valutazione riguarda l'esercizio, da parte della Amministrazione, di discrezionalità tecnica sindacabile in questa sede solo per vizi di manifesta illogicità. Tali vizi non si possano ravvisare nel caso di specie, in quanto la stessa Commissione ha considerato che dall'offerta risultano comunque raggiunti gli obiettivi di bonifica come indicati nel progetto e comunque ha ritenuto, nell'esercizio della propria discrezionalità, di assegnare al raggruppamento ricorrente un punteggio tecnico maggiore di quello della **. Ne deriva altresì che non si può ritenere che il raggruppamento ricorrente abbia interesse alle censure relative ad una errata valutazione delle scelte tecniche.

Quanto alla censura della parte ricorrente relativa alla mancata valutazione del sistema di well point nell'offerta economica risulta calcolato a corpo il corrispettivo del sistema di captazione della falda.

Ulteriore censura viene rivolta alla parte dell'offerta tecnica relativa al sistema di copertura e risagomatura della discarica, in quanto il sistema di copertura previsto nel bando di gara sarebbe stato sostituito da manto betonitico .

Tale censura non è suscettibile di accoglimento.

Tenendo sempre conto dell'ampia facoltà di modifica progettuale consentita dal capitolato, si deve comunque evidenziare che nelle tabelle indicate dalla Commissione effettivamente la sostituzione del geotessile e della geomembrana polimerica (o 50 centimetri di argilla) indicati nel progetto con un manto betonitico sono stati considerati una variante da sottoporre ad una nuova valutazione della Conferenza di servizi.

Tale conferenza risulta effettivamente convocata, anche se in modo informale dal momento che la Regione ha ritenuto non necessaria la riconvocazione ma solo la convocazione del gruppo di lavoro già indicato dalla precedente Conferenza di servizi. Nella seduta del 25 luglio 2006 effettivamente tale gruppo di lavoro ha esaminato la questione della variante costituita dal manto betonitico, affermando esplicitamente che tale soluzione progettuale offre idonee garanzie ai fini della copertura e della risagomatura della discarica oggetto dell'intervento.

Se è vero che l'art 6 del bando di gara prevede che i concorrenti non possano presentare varianti al progetto a base di gara, peraltro rimanda poi al capitolato che prevede progetti e piani integrativi; in particolare, alla norma per cui i particolari costruttivi e i piani di lavoro devono essere sottoposti

alla direzione lavori e approvati dalla stazione appaltante previo parere degli enti di controllo, così come è avvenuto nel caso di specie.

Pertanto, non si ravvisa la violazione dell'art 12 del capitolato che consente, in questo ambito, le varianti progettuali se approvate dalla stazione appaltante e dagli enti di controllo.

Sostiene ancora il raggruppamento ricorrente che erroneamente sarebbe stato ammesso il raggruppamento ** in quanto non in possesso del requisito dei servizi analoghi. In particolare, il punto 6.1.5.lett b della lettera di invito prevedeva la produzione di un elenco dei principali servizi analoghi a quelli cui si riferisce il presente appalto prestati nell'arco di 36 mesi continuativi dal 1-1-1999 a tutto il 2004 .

Anche tale censura non può essere condivisa.

In sede di esame della documentazione amministrativa il raggruppamento ** era stato ammesso con la riserva che il servizio analogo indicato fosse valutato limitatamente a 36 mesi e non a 46 come indicato dal raggruppamento .

In primo luogo, non poteva costituire causa di esclusione l'aver reso un servizio per un periodo più lungo di trentasei mesi. Anzi l'espressione "36 mesi continuativi" prevista nel bando di gara deve essere ragionevolmente intesa nel senso di garantire lo svolgimento di un periodo minimo di servizio non nel senso contrario.

Conformemente, poi, a quanto indicato in tale riserva risulta che tale servizio sia stato valutato per un importo minore (2.700.000 euro) di quello complessivo pari a 2900.000 .

Ancora, anche a voler sottrarre una ulteriore parte dell'intervento rapportata ai nove mesi in più, risulterebbe comunque rientrare in un servizio analogo a quello oggetto dell'appalto.

Le referenze di bonifiche per i servizi non costituiscono comunque un requisito di ammissione, in quanto risultano un elemento di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La valutazione di tutti gli interventi analoghi comporta, infatti, ad un punteggio complessivo fino a 20 punti

Nel caso di specie anche il punteggio delle referenze è stato minore per la ** (18 punti) che per la *** (20).

Ne deriva, altresì, la carenza di interesse alle censure che riguardano la valutazione dei servizi analoghi.

In ogni caso, il raggruppamento ricorrente censura il giudizio di analogia dei servizi valutati per **.

La valutazione dell'analogia del servizio deve essere considerato un giudizio rientrante nell'ambito della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione; si tratta, infatti, di considerare se i singoli servizi svolti abbiano una natura simile a quella del servizio oggetto dell'appalto. Pertanto può essere sindacato in questa sede solo se manifestamente illogico o irragionevole.

Nel caso di specie, comunque, tale giudizio non può essere ritenuto irragionevole, in relazione ai vari criteri previsti per l'attribuzione del punteggio, tra cui anche il grado di analogia di tali servizi e il tipo di rifiuto oggetto dell'intervento .

Ulteriore censura viene rivolta avverso la valutazione di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Quanto alla valutazione dell'anomalia, si deve in primo luogo evidenziare come la giurisprudenza sia costante nel ritenere che si tratti di un apprezzamento squisitamente tecnico, che riguarda dunque il merito dell'azione amministrativa e si sottragga, pertanto, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo se non in limiti ristretti (Consiglio Stato , sez. IV, 02 ottobre 2006 , n. 5741); il subprocedimento di verifica della congruità di un'offerta anomala costituisce, infatti, espressione di un potere tecnico-discrezionale, insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le giustificazioni formulate siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione (Consiglio Stato , sez. V, 23 agosto 2006 , n. 4949; Cons. St., sez. VI, 21 agosto 2000, n. 4502).

Il giudizio sull'anomalia dell'offerta nelle gare di appalto di opere pubbliche costituisce una tipica valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione ed è sindacabile non solo ove presenti palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità o evidenti contraddizioni logiche, ma anche

ove si rilevi la chiara incongruità della motivazione circa l'apprezzamento dell'anomalia (Consiglio Stato , sez. VI, 07 set-tembre 2006 , n. 5191).

Il raggruppamento ricorrente appunta le proprie censure, in particolare, sulla insufficienza della motivazione. Al riguardo si deve richiamare l'orientamento giurisprudenziale che ritiene che tale potere tecnico discrezionale sia sindacabile dal giudice amministrativo attraverso il controllo sulla sufficienza della motivazione resa (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 13 dicembre 2005 , n. 4959); in particolare la motivazione viene richiesta rigorosa e analitica nel caso di giudizio negativo sull'anomalia; in caso, invece, di giudizio positivo, ovvero di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti. Pertanto, il giudizio favorevole di non anomalia dell' offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate (Consiglio Stato , sez. V, 05 ottobre 2005 , n. 5314;T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 21 aprile 2005 , n. 2976).

Nel caso in esame, dagli atti di gara risultano ampie e motivate le giustificazioni fornite dalla **, con analisi dei costi delle singole voci.

Risulta dai verbali di gara, prodotti in atti, che la valutazione della congruità dell'anomalia da parte della Commissione sia avvenuta in due sedute, il 4 luglio 2006 e il 13 luglio 2006.

In particolare in quella del 4 luglio sono state evidenziate delle residue anomalie non giustificate tali da richiedere dei chiarimenti; nella successiva seduta del 13 luglio 2006, a seguito di ulteriori chiarimenti, la Commissione ha ritenuto l'offerta giustificata, dando espressamente atto nel verbale dell'allineamento dei prezzi unitari esposti ai prezzi minimi di mercato.

Tale motivazione deve ritenersi di per sé sufficiente in relazione alla analiticità delle singole voci delle giustificazioni.

Il ricorso è, dunque, infondato e deve essere respinto.

Ne deriva la carenza di interesse al ricorso incidentale che contiene censure relative alla valutazione dell'offerta del raggruppamento ricorrente.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sez. I, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 21 febbraio 2007, con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini

- Presidente

Elena Quadri

Primo Referendario

Cecilia Altavista

-Primo Referendario Est.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE