



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1960 del 2009, proposto da 3a Progetti s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria di a.t.i., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Navarra e Lucrezia Vaccarella, con domicilio eletto presso Giancarlo Navarra in Roma, piazzale Porta Pia, n.121;

contro

Italferr s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Saverio Mussari, presso cui elettivamente domicilia, in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 24;

nei confronti di

Ati Caldani Srl - Ventura s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, n. 13;

Consorzio

Stabile

Impromed;

Consorzio Stabile Litta;

per la riforma

della sentenza del Tar Lazio – Roma, sezione III-ter n. 00356/2009, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italferr e di a.t.i. Caldani-Ventura;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2009 il consigliere Rosanna De Nictolis e uditi l'avv. Navarra per l'appellante, l'avv. Mussari per Italferr, l'avv. De Portu per l'ati Caldani-Ventura;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il presente contenzioso verte su gara di appalto di lavori indetta da Italferr, nella quale l'odierna appellante, che aveva presentato la migliore offerta, è stata esclusa per asserita anomalia.

DIRITTO

1. Italferr s.p.a., con bando 5 dicembre 2007, indiceva gara di appalto con procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento di lavori aventi ad oggetto strade e parcheggi nell'ambito del Comune di Roma.

La migliore offerta risultava quella delle società odierne appellanti (3A Progetti s.p.a. e CR Costruzioni s.r.l., rispettivamente nella qualità di mandataria e di mandante di costituenda a.t.i.), la cui percentuale di ribasso si collocava al di sopra della soglia di anomalia.

La stazione appaltante procedeva pertanto a verifica dell'offerta in contraddittorio, e in esito al procedimento escludeva l'offerta, ritenendola anomala, con nota 18 luglio 2008.

Il giudizio di anomalia si fondava sul rilievo che l'offerta non aveva considerato l'eventualità, prescritta dal bando, che il materiale di risulta degli scavi dovesse essere trasportato in discariche ubicate fuori dai confini del Comune di Roma, e non aveva indicato il sovrapprezzo per tale eventualità.

2. Contro il provvedimento di esclusione veniva proposto ricorso al Tar, con cui si deducevano:

- vizi procedurali, sotto il profilo del mancato rispetto del procedimento di verifica di anomalia;

- vizi sostanziali, sotto il profilo che nel corso del procedimento di verifica erano stati forniti esaustivi chiarimenti in ordine alle discariche disponibili nell'ambito del territorio del Comune di Roma e alla relativa capienza, e in ordine al prezzo offerto dal trasportatore, calcolato tenendo conto dell'eventualità di dover trasportare il materiale di risulta ad una distanza superiore a dieci chilometri.

2.1. Il Tar ha respinto il ricorso con sentenza 19 gennaio 2009 n. 356.

3. Hanno proposto appello le società originarie ricorrenti, con cui vengono riproposti i motivi del ricorso di primo grado e vengono mosse motivate critiche alla sentenza, lamentandosi che ciò che è mancato è una verifica della incidenza del presunto prezzo anomalo sulla complessiva affidabilità dell'offerta.

4. Dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado, Italferr ha proceduto all'aggiudicazione dell'appalto ad altro concorrente, il raggruppamento costituito dalla Impresa Caldani s.r.l. e dalla Impresa Ventura s.p.a., dandone comunicazione a parte appellante.

4.1. Parte appellante ha pertanto articolato motivi aggiunti, con cui impugna la sopravvenuta aggiudicazione, per invalidità derivata dall'asserita illegittimità del provvedimento di esclusione.

Tali motivi aggiunti sono stati notificati, oltre che alla stazione appaltante, al raggruppamento aggiudicatario.

4.2. Italferr si è costituita in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso di primo grado e chiedendo la reiezione del ricorso.

4.3. Il raggruppamento aggiudicatario ha spiegato atto di intervento.

5. La Sezione, con ordinanza resa il 24 marzo 2009, ha disposto la sospensione della sentenza appellata e fissato l'udienza di merito per il 7 luglio 2009, disponendo altresì che memorie e documenti andassero depositati nel termine di cui all'art. 23-bis, co. 4, l. Tar, vale a dire nel termine legale calcolato con decorrenza dalla data dell'ordinanza che fissa l'udienza di merito, e non nel termine calcolato a ritroso dalla data dell'udienza di merito.

5.1. Vanno pertanto dichiarate inammissibili le memorie depositate sia da parte appellante che da parte appellata il 1° luglio 2009, cinque giorni liberi prima dell'udienza di merito del 7 luglio 2009.

E, invero, ai sensi dell'art. 23-bis, co. 3 e 4, l. Tar, quando l'udienza di merito viene fissata con ordinanza presa nell'udienza cautelare, <<le parti possono depositare documenti entro il termine di quindici giorni dal deposito o dal ricevimento delle ordinanze (...)e possono depositare memorie entro i successivi dieci giorni>>.

La legge, dunque, stabilisce termini puntuali per il deposito di documenti e memorie, calcolandoli in avanti rispetto al deposito dell'ordinanza che fissa l'udienza di merito.

Pertanto, tali termini non possono essere sostituiti e doppiati da un diverso termine calcolato a ritroso con decorrenza dalla data dell'udienza di merito.

Invero, i termini di deposito di documenti e memorie, calcolati a ritroso dalla data dell'udienza di merito (e nel rito dell'art. 23-bis dimezzati rispetto agli ordinari termini di 20 e 10 giorni), si applicano quando la data di udienza viene fissata con decreto presidenziale, fuori udienza, e non anche quando, come nella specie, l'udienza viene fissata con ordinanza collegiale, resa in udienza camerale.

In sintesi, l'art. 23-bis, l. Tar, in deroga alla regola ordinaria secondo cui i termini per deposito di memorie e documenti si calcolano a ritroso dalla data dell'udienza di merito, ha previsto un diverso meccanismo processuale nel caso di fissazione dell'udienza di merito con ordinanza collegiale resa nell'udienza cautelare. In tal caso la tempistica di deposito di memorie e documenti è scandita dall'esistenza dell'ordinanza collegiale, e i termini si calcolano in avanti con decorrenza dal deposito dell'ordinanza (in termini Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384).

Nel caso di specie, essendo stata l'ordinanza depositata il 24 marzo 2009, i documenti andavano depositati entro i successivi 15 giorni, e dunque entro l'8 aprile 2009, mentre le memorie andavano depositate entro i 10 giorni successivi alla scadenza del termine di deposito dei documenti, e dunque entro il 18 aprile 2009.

Le memorie depositate solo in data 1° luglio 2009 sono pertanto tardive.

La Sezione aderisce all'orientamento, più volte espresso da questo Consesso, secondo cui il termine prescritto per il deposito di memorie, è perentorio, e non può subire deroghe nemmeno con il consenso delle parti, essendo esso previsto non solo a tutela del contraddittorio tra le parti, ma anche a tutela del corretto svolgimento del processo e della adeguata e tempestiva conoscenza degli atti di causa da parte del collegio giudicante (Cons. St., sez. IV, 8 agosto 2008 n. 3930; Cons. giust. sic., 4 luglio 2008 n. 574; Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007 n. 4974; Cons. St., sez. IV, 21 luglio 2000 n. 4078).

6. Va anzitutto esaminata l'eccezione, sollevata da Italferr, per la prima volta in appello, di inammissibilità del ricorso di primo grado.

Si sostiene che nell'indire l'appalto e condurre la procedura di gara, Italferr ha agito in nome e per conto di TAV s.p.a. (cui è subentrata RFI s.p.a.). La procura conferita da TAV a Italferr non sarebbe comprensiva del potere di rappresentanza

in giudizio. Pertanto, il ricorso di primo grado e l'appello sarebbero inammissibili perché non notificati al legittimo contraddittore.

6.1. L'eccezione va respinta.

Osserva il Collegio che il bando di gara si limita ad affermare che Italferr agisce in nome e per conto di Tav, senza che agli atti di gara sia allegata la procura.

Ai sensi dell'art. 77 c.p.c., il procuratore generale e quello speciale non possono stare in giudizio per il preponente, se questo potere non è stato conferito loro espressamente per iscritto, salvo che per gli atti urgenti e le misure cautelari.

Secondo la giurisprudenza, quando agisce o resiste in giudizio un soggetto privo di poteri rappresentativi, il vizio che ne consegue concerne la capacità processuale, in quanto relativo alla titolarità del potere di proporre la domanda e non alla legittimazione ad agire (ossia al prospettarsi come titolare del diritto azionato) e, pertanto, ad un difetto di legittimazione processuale; il vizio può essere sanato in qualunque stato e grado del giudizio, con efficacia retroattiva e con riferimento a tutti gli atti processuali già compiuti, per effetto della spontanea costituzione del soggetto dotato dell'effettiva rappresentanza dell'ente stesso, il quale manifesti la volontà, anche tacita, di ratificare la precedente condotta difensiva del falsus procurator; la sanatoria non può essere impedita dalla previsione dell'art. 182 c.p.c., secondo cui sono fatte salve le decadenze già verificatesi, perché questo limite attiene alle decadenze sostanziali (sancite cioè per l'esercizio del diritto e dell'azione: art. 2964 seg. c.c.) e non a quelle che si esauriscono nel processo (Cass., sez. I, 6 luglio 2007 n. 15304; Cass., sez. I, 11 ottobre 2006 n. 21811).

6.2. Ora, nel caso specifico, la procura speciale conferita da Tav ad Italferr in data 6 agosto 2002, oltre a conferire il potere di condurre le gare di appalto e sottoscrivere i relativi contratti, attribuisce anche il potere di <<intervenire negli atti posti in essere e fare quant'altro sarà necessario per il buon fine della presente procura in modo che al nominato procuratore ed ai suoi eventuali procuratori, non

possa essere opposto difetto o imprecisione di poteri. Il tutto con dichiarazione fin d'ora di rato e valido, sotto gli obblighi di legge, senza l'obbligo di ulteriore atto di ratifica o di conferma e con l'obbligo di rendiconto>>.

Appare evidente l'intento di conferire a Italferr anche la rappresentanza processuale, oltre che quella sostanziale, con ratifica ex ante di tutti gli eventuali atti compiuti senza potere.

Si deve pertanto ritenere che Italferr avesse il potere di rappresentanza processuale, ai sensi dell'art. 77 c.p.c.

6.3. Se ne trae conferma dalla circostanza che nel giudizio di primo grado Italferr si è costituita in proprio, e non in nome di Tav (RFI), senza eccepire il difetto di rappresentanza processuale.

7. L'aggiudicataria ha spiegato intervento e ha chiesto il rinvio del ricorso, perché l'odierna appellante ha impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Lamenta, inoltre, l'inammissibilità dei motivi aggiunti in grado di appello avverso l'aggiudicazione definitiva.

7.1. L'eccezione di rinvio del presente giudizio per asserita pregiudizialità del ricorso straordinario avverso l'aggiudicazione definitiva non ha pregio, ove si consideri che il provvedimento di aggiudicazione è conseguente all'avvenuta esclusione dell'offerta dell'odierna appellante, e che le censure dedotte contro il provvedimento di aggiudicazione sono di invalidità derivata dal provvedimento di esclusione.

Per cui, ove venisse accolto il ricorso avverso l'esclusione, la stazione appaltante dovrebbe trarne le debite conseguenze in ordine al provvedimento di aggiudicazione in favore di altro concorrente.

7.2. E' invece fondata l'eccezione con cui si lamenta che il provvedimento di aggiudicazione non poteva essere impugnato <<per saltum>>, mediante motivi aggiunti articolati in grado di appello.

E' vero che l'aggiudicazione è intervenuta solo dopo la sentenza di primo grado che si è pronunciata sul provvedimento di esclusione, e anche dopo che era stato già instaurato il presente giudizio di appello.

Ed è anche vero che il provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato solo per vizi di invalidità derivata dal provvedimento di esclusione, e non per vizi autonomi.

Tuttavia è anche vero che il ricorso di primo grado avverso il provvedimento di esclusione non è stato notificato al concorrente poi risultato aggiudicatario, e pertanto tale soggetto non ha potuto partecipare al primo giudizio.

In tale situazione, il provvedimento sopravvenuto non poteva essere impugnato con motivi aggiunti in appello, ma andava impugnato con ricorso di primo grado ovvero con ricorso straordinario.

Ne consegue l'inammissibilità dei motivi aggiunti di appello, e l'impossibilità, per il Collegio, di pronunciarsi anche sul provvedimento di aggiudicazione, ferma restando la valutazione del provvedimento di aggiudicazione nelle competenti sedi.

8. Resta da esaminare il ricorso di appello avverso il provvedimento di esclusione.

L'appello è fondato per quanto di ragione.

8.1. Vanno disattese le censure con cui si lamentano vizi procedurali, atteso che l'esame degli atti evidenzia che è stato pienamente garantito il contraddittorio nel procedimento di verifica di anomalia.

9. Sono invece fondate le censure di carattere sostanziale rivolte al giudizio di anomalia.

Il giudizio di anomalia non tiene in alcun conto le ragionevoli giustificazioni fornite dal concorrente, e fonda l'anomalia su elementi formalistici avulsi da ogni necessaria considerazione sulla attendibilità/inattendibilità complessiva dell'offerta. E, invero, la legge di gara richiedeva di indicare il prezzo offerto per l'avvio del materiale di scavo a discarica ubicata entro 10 km. dal cantiere (voce NP29C079), e di indicare un sovrapprezzo in caso di avvio a discarica ubicata a distanza superiore a 10 chilometri rispetto al cantiere (voce NP30C080).

Rispetto a tali prescrizioni, il raggruppamento appellante ha:

- indicato la disponibilità di discariche all'interno del Comune di Roma, indicandone anche la capienza, tale da assorbire il materiale di risulta;
- indicato il prezzo di carico e trasporto a discarica;
- indicato in zero il sovrapprezzo in caso di trasporto a discarica ubicata a distanza superiore a dieci chilometri;
- chiarito, in sede di giustificazioni: che, da un lato, le discariche ubicate nel Comune di Roma avevano una capienza idonea ad assorbire il materiale di scarico; che, dall'altro lato, il prezzo di avvio a discarica era stato calcolato tenendo conto dell'eventualità di trasporto a discarica ubicata a distanza superiore a dieci chilometri;
- chiarito, in sede di giustificazioni, a supporto della capienza delle discariche indicate e dell'assoluta ipoteticità della necessità di avvio a discariche ubicate oltre i dieci chilometri, che il materiale di scavo è riciclabile.

Dal canto suo, la stazione appaltante non ha contestato la capienza delle discariche ubicate nel Comune di Roma e di cui il concorrente ha dichiarato la disponibilità, e neppure ha contestato la congruità del prezzo offerto per il trasporto sia entro la fascia sia oltre la fascia di dieci chilometri, limitandosi a dichiarare incongruo un sovrapprezzo pari a zero.

Tale modus operandi:

- non valuta se il prezzo onnicomprensivo offerto per l'avvio a discarica quale che ne fosse l'ubicazione, fosse o meno congruo;
- non considera che per l'avvio a discarica ubicata a oltre dieci chilometri non è stato omissa il prezzo, identico a quello offerto per l'avvio a discarica posta a distanza inferiore;
- non considera che un'offerta di prezzo pari a zero non è nella specie una omissione, ma solo l'omissione di un sovrapprezzo sul presupposto che il prezzo per l'avvio a discarica oltre i dieci chilometri è identico a quello per l'avvio a discarica entro i dieci chilometri;
- omette di considerare che un prezzo pari a zero per singole voci dell'offerta è in astratto ammissibile, salvo a verificare se incida o meno sull'attendibilità complessiva dell'offerta;
- omette ogni valutazione sulla possibilità di riciclo del materiale di scavo: la Sezione, in analoga vicenda, sempre relativa ad appalto indetto da Italferr, ha chiarito che la possibilità del riutilizzo del materiale deve ritenersi ammissibile anche se il bando nulla dica e anzi indichi tra le voci di prezzo quella per l'avvio del materiale a discarica, ed anche ammissibile va considerata la sua valutazione in sede di verifica dell'anomalia, con l'unico limite costituito dalla impossibilità di giustificare la congruità dell'offerta con elementi fondati solo sul riutilizzo del materiale (Cons. St., sez. VI, 22 maggio 2008 n. 2449);
- omette completamente di valutare se e come un sovrapprezzo pari a zero, riferito a prestazioni ipotetiche ed eventuali, considerata la capienza delle discariche ubicate entro i dieci chilometri, incida sull'attendibilità complessiva dell'offerta, laddove, secondo consolidata giurisprudenza, essenziale nel giudizio di anomalia è la verifica finale della affidabilità/inaffidabilità dell'offerta nel suo complesso, al di là di singole inesattezze, verifica che deve essere scevra da formalismi di sorta (massima consolidata: <<la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di

specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto>> (Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217; Cons. St., sez. V, 29 luglio 2003 n. 4323; Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384).

Contrariamente a quanto sostenuto nel provvedimento di esclusione, dall'offerta e dalle relative giustificazioni non emerge il condizionamento dell'offerta alla ubicazione delle discariche.

10. Con ulteriore motivo del ricorso di primo grado, assorbito dal Tar, ci si doleva che il provvedimento di esclusione si fonda anche sulla sussistenza di alcune sottostime, senza considerare che esse trovano copertura in altre sovrastime.

10.1. Anche tale censura è fondata.

Le sottostime rilevate ammontano ad una cifra complessiva di 249.100 euro, che da un lato ha una incidenza percentuale modesta rispetto all'importo a base di gara e al prezzo offerto, e che, dall'altro lato, trova pressoché integrale copertura nelle sovrastime pari a euro 238.800, sicché le sottostime si riducono a euro 10.300, cifra in relazione alla quale il provvedimento di esclusione avrebbe dovuto dimostrare se e come determinasse la complessiva inattendibilità dell'offerta.

11. Da quanto esposto consegue l'accoglimento dell'appello e la reiezione dei motivi aggiunti di appello e, per l'effetto:

l'annullamento del provvedimento di esclusione.

L'amministrazione dovrà pertanto procedere a nuova verifica di anomalia, limitata al profilo oggetto del contendere, secondo i criteri indicati dalla presente decisione.

12. Va assorbita la domanda di risarcimento del danno per equivalente, articolata per l'ipotesi subordinata di definitiva impossibilità di conseguire l'aggiudicazione e di eseguire i lavori, perché allo stato, in virtù del provvedimento cautelare del 24

marzo 2009 la procedura è stata sospesa e vi è ancora la possibilità per l'appellante di conseguire l'aggiudicazione e il contratto.

13. Le spese di lite, in considerazione della complessità delle questioni, e della parziale reciproca soccombenza, possono essere interamente compensate in relazione al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione VI), definitivamente pronunciando sull'appello e sui relativi motivi aggiunti:

- 1) accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione;
- 2) dichiara inammissibili i motivi aggiunti di appello proposti avverso l'aggiudicazione;
- 3) compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/08/2009

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

Il Direttore della Sezione