

Pubblicato il 31/05/2017

N. 00880/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00274/2017 REG.RIC.



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 la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 274 del 2017, proposto da:

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato con domicilio eletto presso Demetrio Verbaro in Catanzaro, via Vittorio Veneto N. 48;

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Francesco Ventrice C.F. VNTNCF64E19F537S, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, viale Europa - Germaneto;

nei confronti di

Ador.Mare Srl, Calabria Navigazione Srl non costituiti in giudizio;

Soc. Ador.Mare S.R.L, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè C.F. CMNCRL73B25G273O, Andrea Ciulla C.F. CLLNDR81R22G273N, con domicilio eletto presso Bruno Doria in Catanzaro, viale Pio X N. 6;

per l'annullamento

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA CONCESSIONE DELLA TUTELA CAUTELARE

- del decreto Regione Calabria – Dipartimento 6 (Infrastrutture, Lavori Pubblici, Mobilità) – n. -OMISSIS-, notificato a mezzo PEC l'1.02.2017, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori dell'intervento integrato per il completamento delle opere di difesa costiera e ricostruzione del litorale (Scogli delle Formiche – Litorale di Pizzo Calabro), nonché di ogni e qualsivoglia altro atto o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, compresi, ove occorra, nei limiti dell'interesse:- la determinazione di ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria ATI Ador.Mare Srl-Calabria Navigazione Srl adottata con riserva dalla commissione di gara nella seduta del 27.03.2015 e confermata nella successiva seduta del 22.04.2015 (verbali del 27.03.2015 e del 22.04.2015);- la determinazione, adottata dalla commissione di gara nella seduta del 9.11.2015, relativa alla conclusione della verifica dell'anomalia dell'offerta economica proposta dall'ATI Ador.Mare Srl-Calabria Navigazione Srl nel senso della ritenuta congruità dell'offerta medesima, con contestuale conferma della graduatoria di merito; - il parere reso dall'Avvocatura regionale della Regione Calabria all'Amministrazione aggiudicatrice con nota prot. 272447 del 9.09.2016 menzionato nella premessa-motivazione della determina di aggiudicazione definitiva impugnata.

NONCHÉ per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove stipulato, con la aggiudicataria, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 del D.lgs. 104/2010, NONCHÉ ANCORA per la condanna a disporre il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto di appalto, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 del D.lgs. 104/2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Calabria e di Soc. Ador.Mare S.R.L;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2017 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso la -OMISSIS-. chiedeva di annullare l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori dell'intervento integrato per il completamento delle opere di difesa costiera e ricostruzione del litorale, la determinazione di ammissione alla procedura dell'aggiudicataria, la determinazione conclusiva della verifica dell'anomalia dell'offerta. Chiedeva altresì di dichiarare l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato e la condanna al subentro o in subordine al risarcimento del danno per equivalente.

Si costituiva l'aggiudicataria chiedendo il rigetto della domanda.

2. Il ricorso non può trovare accoglimento.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente eccepisce che l'aggiudicataria non poteva essere ammessa alla procedura in quanto la mandante dell'Ati aggiudicataria, Calabria Navigazione s.r.l., non aveva dichiarato di aver riportato una annotazione pregiudizievole nel casellario informativo dell'Osservatorio dei contratti pubblici.

L'art. 38, comma 1, lett. m-bis, del D. Lgs n. 163/2006 dispone che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti nei cui confronti, ai sensi dell'art. 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione

SOA". L'art. 40, comma 9-quater, del D. Lgs n. 163/2006, prevede che, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne diano segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto.

Il disciplinare di gara, alla Sezione X, punto 10.3 ("Documentazione amministrativa Busta A"), richiedeva, alla lett. D), la produzione di una dichiarazione concernente l'inesistenza delle cause di esclusione, richiamando la lettera m-bis.

In pratica hanno dichiarato di non essere stati assoggettati alla decadenza o sospensione per falsa attestazione SOA. Tuttavia, dal casellario informatico era dato riscontrare la presenza di un'iscrizione risalente al 16.02.2011: "Si dà notizia che la SOA Exige Spa, con nota prot. 333/11/s del 25.01.2011, acquisita al prot. Autorità n. 11058 del 2.02.2011, ha comunicato la decadenza dell'attestazione di qualificazione n. 37/70/07 del 4.10.2007 emessa in favore dell'impresa Calabria Navigazione Srl (CF02681560799) in quanto emessa sulla base di certificazioni di esecuzione lavori di committenza privata che non hanno trovato riscontro oggettivo presso i soggetti indicati come firmatari".

L'art. 40 comma 9 quater indica la durata di 1 anno di efficacia dell'annotazione. Più in particolare, l'art. 38 let. m-bis indica una causa di esclusione rappresentata dalla falsa dichiarazione SOA. Non si riscontrano dubbi in ordine al fatto che decorso il termine annuale venga meno la causa di esclusione prevista dalla norma, ne discende che da un'interpretazione complessiva o sistematica delle norme deve pervenirsi al risultato ermeneutico in base al quale l'art. 38 impone la dichiarazione delle sole annotazioni efficaci e non di quelle prive di inefficacia, inidonee a integrare la fattispecie cui segue l'effetto dell'esclusione previsto dalla medesima norma.

Alle medesime conclusioni deve pervenirsi anche dall'esame del disciplinare e una diversa conclusione si tradurrebbe in una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Ciò premesso, l'iscrizione della dichiarazione falsa nel casellario informatico ha la finalità di rendere pubblicamente noto il fatto annotato e costituisce, quindi, un atto vincolato e meramente consequenziale alla segnalazione da parte della stazione appaltante, così come automatica si configura l'esclusione dell'impresa annotata. L'effetto sanzionatorio discende, quindi, dalla iscrizione nel casellario informatico dell'autorità e non dagli accertamenti compiuti dall'Autorità o dalla data di formale adozione del provvedimento sanzionatorio. Più precisamente l'automatico effetto preclusivo dalla partecipazione alle gare con riferimento ad un periodo discende dall'annotazione nel casellario tenuto dall'ANAC, sia che la stessa sussista all'inizio della procedura o intervenga successivamente in corso di gara.

2.2. Parte ricorrente ha poi rappresentato che l'aggiudicataria aveva dichiarato, ai sensi dell'art. 38 let. f) del d.lgs. 163/2006, di non aver commesso grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara. Tale circostanza non era vera in quanto risultava a carico della Calabria Navigazione s.r.l. un'iscrizione pregiudizievole datata 14.4.2016.

La stessa ricorrente precisa che al momento della scadenza del termine di partecipazione alla gara (10.12.2014) l'iscrizione non era stata formalizzata e non era stata comunicata la risoluzione, con la conseguenza che non può parlarsi di falsità nella dichiarazione. Tuttavia, i citati requisiti andrebbero posseduti anche successivamente, per tutta la durata della gara e durante l'esecuzione del contratto.

La presenza di una dichiarazione di risoluzione proveniente da amministrazione diversa da quella procedente non costituisce una causa automatica di esclusione dalla procedura di gara della concorrente, ma costituisce un fatto che può essere valutato autonomamente e

discrezionalmente dalla stazione appaltante al fine di attribuirgli o meno rilievo. Ne discende che non può ritenersi che la pubblica amministrazione abbia un obbligo di provvedere in forma espressa sull'esistenza o meno di una causa di esclusione sopravvenuta (cfr. Cons. St. 3198/2016), né che da una tale omessa esternazione della valutazione possa derivare l'esclusione della concorrente.

2.3. Parte ricorrente ha ancora impugnato il provvedimento in quanto la Calabria Navigazione srl, mandante dell'Ati aggiudicataria sarebbe stata priva di una certificazione di qualità valida ed efficace. In particolare, la precedente certificazione di qualità rilevante per la gara in oggetto era scaduta in data 12.7.2015 e non tempestivamente rinnovata, precisando che il principio applicato dalla giurisprudenza con riferimento alla tempestività della richiesta era applicabile solo per le SOA e non per le certificazioni di qualità.

Il motivo di impugnazione non può trovare accoglimento. Alla data di scadenza del termine per partecipare alla gara in questione l'aggiudicataria era titolare di certificato di qualità valido fino al 12.7.2015. Come descritto da parte ricorrente, veniva tempestivamente attivato il procedimento diretto ad ottenere il rinnovo del certificato che veniva rilasciato in data 17.11.2015 con scadenza 14.9.2018. Il Collegio ritiene che il medesimo principio applicabile per le SOA trovi applicazione anche per le certificazioni di qualità.

La rilevanza del certificato in questione è da rapportarsi a un profilo sostanziale e non meramente formale e, inoltre, deve essere da collegare a un fatto imputabile alla sfera giuridica della concorrente. Nel caso di specie, l'aggiudicataria ha tempestivamente attivato il procedimento diretto al rinnovo della certificazione di qualità, con la conseguenza che il ritardo non può ad essa essere imputato. In questo senso si è espresso di recente il Consiglio di Stato (Cons. St. 2022/2017), il quale ha evidenziato che la scadenza di una certificazione durante la gara costituisce un evento del tutto naturale, trattandosi di documento avente una durata determinata: la scadenza della certificazione in pendenza della procedura di gara non può andare a

detrimento dell'impresa quando è provato che la certificazione è stata rinnovata alla scadenza e che non vi è stata soluzione di continuità circa il possesso del requisito. La tesi secondo cui l'impresa avrebbe dovuto essere esclusa a causa della scadenza della certificazione di qualità risulta sproporzionata, in quanto ciò che rileva è la titolarità della certificazione che assicura alla stazione appaltante la qualità del servizio assegnato, a prescindere dalle vicende di ordine "burocratico" relative ai tempi necessari per ottenere il suo rinnovo da parte dell'organismo competente. Nel caso di specie, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la certificazione era valida ed era quindi pienamente efficace. Alla sua scadenza la certificazione è stata tempestivamente rinnovata come non contestato dalle parti.

4. Con ulteriore motivo di impugnazione parte ricorrente rappresenta che l'aggiudicataria andava esclusa anche alla luce del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. In particolare, riferiva che l'aggiudicataria al fine di giustificare la propria offerta aveva incrementato la produttività degli operai e dimezzato l'incidenza dei mezzi, senza giustificare sul punto. La controinteressata ha adeguatamente rappresentato che l'aumento di produttività è legato ai tempi di esecuzione delle opere e alle tecniche utilizzate, più moderne rispetto a quelle che costituiscono la base del prezzario regionale del 2013.

Ciò premesso, la valutazione di congruità dell'offerta anomala consiste in un procedimento il cui esito è rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante e che può essere sindacata dal giudice amministrativo solo nelle ipotesi in cui risulti irragionevole o illogica.

La valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono; pertanto, non può considerarsi viziato il procedimento di verifica per il fatto che

l'amministrazione appaltante ovvero la commissione di gara si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, può fornire, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento e, quindi, anche su voci non direttamente indicate dall'Amministrazione come incongrue ovvero solo su alcune delle voci.

Ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente che possono interessare solo alcuni degli aspetti richiesti dalla commissione ovvero elementi differenti da questi.

Nelle gare d'appalto, in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (tra le tante Tar Lecce, Sez. I, 6.5.2014, n. 1140). Da un lato, occorre ribadire che "la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme, e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica" e che "l'attendibilità della offerta va, cioè, valutata nel suo complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme (Ad.Pl. n. 36/2012 cit.; V, 14 giugno 2013, n. 3314; 1 ottobre 2010, n. 7262; 11 marzo 2010 n. 1414; IV, 22 marzo 2013, n. 1633; III, 14 febbraio 2012, n. 710)"; dall'altro, è pacifico che "il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia delle offerte sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità della relativa istruttoria, ma non può operare autonomamente la stessa verifica senza con ciò stesso invadere la sfera propria della

discrezionalità della Pubblica Amministrazione"; né lo stesso Giudice può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta "sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio - non erroneo né illogico - formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il Giudice invaderebbe una sfera propria della P.A." (C.d.S., IV, 27 giugno 2011, n. 3862; V, 28 ottobre 2010, n. 7631; Consiglio di Stato, Sezione V, 17 gennaio 2014, n. 162).

Difatti, nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici, "l'esame delle giustificazioni presentate dal soggetto che è tenuto a dimostrare la non anomalia dell'offerta è vicenda che rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, per cui soltanto in caso di macroscopiche illogicità, vale a dire di errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto, il giudice della legittimità può intervenire, restando per il resto la capacità di giudizio confinata entro i limiti dell'apprezzamento tecnico proprio di tale tipo di discrezionalità (C.d.S., Ad.Pl., 29 novembre 2012, n. 36; V, 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848; 23 novembre 2010, n. 8148; 22 febbraio 2011, n. 1090; Consiglio di Stato, cit., 17 gennaio 2014, n. 162).

Quanto innanzi, "ferma restando la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire voci che, per la loro importanza ed incidenza complessiva, renderebbero l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'Amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità" (V, 15 novembre 2012, n. 5703; 28 ottobre 2010, n. 7631; ancora Consiglio di Stato, cit., 17 gennaio 2014, n. 162).

I principi appena ricordati conducono alla reiezione delle doglianze di parte ricorrente, che vanno, appunto, disattese alla stregua dei consolidati approdi cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa, dovendosi ribadire al riguardo, da un lato, che il sindacato giurisdizionale è circoscritto ai soli casi di

manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza (vizi che non ricorrono nel caso concreto), dall'altro, che il giudizio in questione deve essere complessivo e tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme, e non con riferimento a ciascuna singola voce di essa, sostanziandosi in un giudizio globale e sintetico sulla serietà o meno dell'offerta, che, tra l'altro, è diretto a garantire, anzitutto, la situazione giuridica soggettiva del concorrente che può vedere persa la possibilità di aggiudicazione dell'appalto in ragione della supposta non congruità della sua offerta economica e solo indirettamente e in via di fatto tale verifica tutela la posizione del secondo graduato a vedere escluso il primo classificato (Cons. St., Sez. IV, 29.4.2014, n. 2211).

Occorre ancora precisare che, come da orientamento costante della giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Sez. V, 22.1.2015, n. 246), nel procedimento avente ad oggetto l'esito di gare pubbliche le censure volte a prospettare una diversa valutazione delle offerte rispetto a quella seguita dalla commissione aggiudicatrice si traducono in un inammissibile sindacato sul merito delle opzioni attinte, riservato alle commissioni giudicatrici delle gare medesime quale espressione della discrezionalità tecnica che informa la procedura, con conseguente insindacabilità nel merito delle relative valutazioni ove non inficiate da palesi profili di erroneità, illogicità o sviamento (cfr. anche Cons. St., sez V, 22.1.2015, n. 257).

Nel caso di specie, le contestazioni atteccono a specifiche voci dell'offerta e le indicazioni fornite dalla controinteressata sono sufficienti per ritenere non illogica né irrazionale la valutazione di serietà dell'offerta proposta dalla ricorrente.

3. Le spese di lite seguono la soccombenza per legge e sono liquidate d'ufficio come in dispositivo in mancanza di nota spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al rimborso delle spese di lite in favore delle altre parti costituite che liquida in complessivi euro 4.000,00 per compensi professionali, oltre accessori come per legge, per ciascuna delle parti costituite.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare -OMISSIS-

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Tuccillo

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.