Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2010, n. 1530

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10210 del 2008, proposto da: S. s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. M.B.V., A.C., C.D.P., con domicilio eletto in Roma;

contro

Impresa B. s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. G.C., E.P., A.R., S.V., G.G., con domicilio eletto in Roma;

nei confronti di

S.I. s.p.a .n.c.;
Comune di C. in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. E.B., con domicilio presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

Sul ricorso numero di registro generale 10359 del 2008, proposto da: S.I. spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. F.B. e S.V., con domicilio eletto presso in Roma;

contro

Impresa B. s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. G.C., E.P., A.R., S.V., G.G., con domicilio eletto in Roma;

nei confronti di

Comune di C. in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. E.B., con domicilio presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;
S. Spa n.c.;

per la riforma

in entrambi i ricorsi n. 10210 del 2008 e n. 10359 del 2008:
della sentenza del Tar Lombardia - Brescia n. 01717/2008 01717/2008;
Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2009 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati D.P., P., R., per delega dell' Avv. R., e B.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Gli antefatti della vicenda contenziosa sono i seguenti.
In primo grado era stato impugnato dalla soc. B. l'atto con il quale la società S.I. S.p.A., nella sua qualità di concessionaria del Comune di C., aveva aggiudicato alla ditta S. s.p.a. l'appalto per la realizzazione del 2° stralcio dei lavori relativi a un parcheggio interrato in C.
La soc. B. dedusse due distinti motivi di ricorso riguardanti da un lato la presunta inidoneità della giustificazione dei prezzi offerta dalla vincitrice, dall'altro la decisione della stazione appaltante di non procedere alla verifica di anomalia dell'offerta.
Il TAR ritenne fondato il primo motivo annullando la aggiudicazione.
Secondo il TAR infatti le giustificazioni della vincitrice indicavano il prezzo di talune lavorazioni come corrispondente alla messa in opera da parte di ditte specializzate, mentre quelle della ricorrente B. indicavano il prezzo dei materiali e della manodopera necessaria.
Fra le due formule secondo il TAR vi era differenza sostanziale, in quanto riferirsi al prezzo praticato da un terzo soggetto, nemmeno

precisato, non giustificava alcunché, ma si limitava a rinviare alle ragioni, peraltro non espresse, in base alle quali detto prezzo andrebbe, a sua volta, giustificato.
La sentenza del TAR è stata appellata dalla soc. S. aggiudicatrice della gara e dalla soc. S.I. concessionaria dei lavori.
Oltre a contestare nel merito la pronuncia di prime cure:
-la S. ha eccepito violazione dell'art.21 della legge n.1034/1971 e del diritto di difesa sull'assunto che il TAR , in sede di decisione della domanda cautelare aveva definito il giudizio nel merito senza sentire al riguardo le parti costituite;
- la S. ha sostenuto la erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza dell'interesse a ricorrere della B. s.p.a., in quanto detta società aveva prodotto a sua volta giustificazioni carenti sotto vari profili.
Si è costituito il Comune di C. chiedendo la riforma della sentenza.
Si è costituita la soc. B. insistendo per il rigetto degli appelli.
La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 16 ottobre 2009

DIRITTO

1. I due appelli devono essere riuniti ai fini di una unica decisione in quanto diretti avverso la medesima sentenza.
2.Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni svolte dalle appellanti S. e S.I. relativamente alla ritualità del giudizio di prime cure.
2.1. La S., in particolare eccepisce che il TAR ha definito l'intero giudizio, in occasione della domanda cautelare, con sentenza succintamente motivata, omettendo tuttavia di sentire al riguardo le parti.
Tanto risulterebbe dal verbale di udienza, in cui si attesta che dopo la discussione orale, la controversia viene trattenuta in decisione limitatamente all'istanza cautelare.
Osserva il Collegio che tale annotazione, ancorché incompleta (non si fa cenno all'avviso circa la possibilità di una decisione nel merito), non sembra assumere un valore probatorio determinante dal momento che in sede cautelare la riserva di decidere anche il merito è sciolta non già in udienza , ma solo in sede di successiva camera di consiglio. La causa quindi è in ogni caso trattenuta in decisione per la pronuncia cautelare.
La imprecisione del verbale non sembra quindi sufficiente a dimostrare che l'avviso non sia stato formulato alla presenza dei difensori in sede di udienza cautelare. Al contrario un riscontro positivo in tal senso emerge espressamente dalla sentenza appellata, laddove si precisa che sono state avvisate le parti ai sensi dell'art.21, decimo comma della legge n.1034/71, introdotto dalla legge n.205/2000.
Le eventuali opposizioni alla decisione di merito in forma semplificata si sarebbero quindi dovute esplicitare in relazione al detto avviso (ciò è a dirsi in particolare quanto alla volontà della odierna appellante di notificare ricorso incidentale)
2.2. Infondata è anche la eccezione sollevata dalla S. sul rilievo che la impresa B. non aveva interesse a contestare le asserite carenze delle giustificazioni prodotte dalla S., essendo a sua volta incorsa in omissioni, errori e incongruità nelle proprie giustificazioni.
Si tratta infatti di rilievi che comunque appaiono di portata diversa e minore rispetto a quella radicale contestata alla S. e che comunque, in via generale, non possono essere fatti valere dalla stessa appaltante al di fuori del procedimento di gara.
3. Nel merito la tesi sostenuta dalla difesa della impresa B. nel ricorso in primo grado e fatta propria dal primo giudice era quella che l'offerta della impresa SEA avrebbe dovuto essere esclusa per

mancanza delle giustificazioni preventive la cui presentazione era prescritta a pena di esclusione dal disciplinare di gara.
2.Tale tesi è condivisa dalla Sezione e per l'effetto gli appelli devono essere respinti e la sentenza del primo giudice confermata.
Questa è testualmente la prescrizione dettata a pena di esclusione dalla legge di gara: "Nella busta B-offerta dovranno essere inserite, a pena di esclusione, le giustificazioni di cui all'art.87 secondo comma del d.lgs. n.163 del 2006 sulle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara."
Il quadro normativo di riferimento è costituito dal d.lgs. n.163/2006 (in particolare art.86 comma 5 e 87 comma 2), nel testo in vigore all'epoca della gara, anteriormente quindi al d.l. 1 luglio 2009 n.78 , che ha tra l'altro abrogato il citato art.87, comma 5 (cfr.comma 1, lett.b , dell'art. 4 quater aggiunto in sede di conversione del d.l. n.78/2009)
Risulta pacifico che l'impresa S., risultata aggiudicataria, abbia omesso di inserire nella busta B della offerta economica le giustificazioni su tutte le voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.
Infatti la impresa non ha presentato alcuna giustificazione per 300 voci di prezzo e cioè per circa 2/3 delle voci di prezzo esposte nel computo metrico estimativo che constava di 458 voci, limitandosi ad indicare il prezzo unitario offerto.
Osserva la Sezione che le regole della gara sono dettate dalla lex specialis e che una clausola di richiesta di giustificazioni preventive, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nell' art. 86 e 87 del codice degli appalti, come recentemente rilevato da questo Consiglio di Stato, non si pone, per quel che qui rileva, in contrasto con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria (Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2009 n.1348).
In particolare, l'art. 86, comma 5, del codice degli appalti, nella formulazione vigente al momento del bando di gara prevede la presentazione da parte delle imprese di giustificazioni sin dalla formulazione dell'offerta e l'elenco della documentazione che può essere richiesta, contenuto nel successivo art. 87 comma 2, è fatto solo "a titolo esemplificativo".
Ciò significa che le Amministrazioni restano libere di stabilire altra documentazione da richiedere, a pena di esclusione, a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta.
Come rilevato dalla giurisprudenza, la presentazione preventiva di giustificazioni risponde a finalità di semplificazione ed accelerazione della procedura di gara essendo garanzia di serietà della offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo ex post anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione della offerta (cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 399/2006).
La ragionevolezza della prescrizione risiede nel fatto che solo l'offerente che abbia esposto con completezza i costi delle singole voci che compongono la lavorazione dimostra di avere la piena consapevolezza dell'impegno che assume presentando l'offerta.
Né le giustificazioni delle offerte possono consistere nelle semplici indicazione dei prezzi rappresentando invece una elaborazione concettuale da documentare debitamente riferita alle singole voci di spesa.
D'altro canto la clausola di esclusione, una volta entrata a far parte della lex specialis, non può essere disapplicata con l'effetto che sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di escludere dalla procedura di gara l'impresa che non l'abbia rispettata.

Ed invero l’impresa che ha presentato una offerta non corredata dalle giustificazioni per oltre 300 voci di prezzo dimostra di non avere analizzato con sufficiente attenzione il lavoro da eseguire e l’onere che esso comporta e cio’ indipendentemente dal fatto che tale prezzo, ad una successiva ipotetica verifica, possa rilevarsi congruo.
Infine è vero che, nella normativa qui applicabile, le giustificazioni a corredo della offerta hanno natura diversa da quelle previste in sede di verifica della anomalia, ma è altrettanto vero che ciò non giustifica la violazione della norma della lex specialis (con la presentazione di giustificazioni iniziali gravemente carenti) e la conseguente vincolata esclusione dalla gara, tanto più se la verifica di anomalia, come nella specie, risulti facoltativa.
3. In conclusione i due appelli riuniti devono essere respinti e la sentenza del primo giudice confermata.
4.Tuttavia sussistono motivi, in relazione alla peculiarità della fattispecie, per compensare spese ed onorari del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione, riuniti gli appelli in epigrafe indicati, definitivamente decidendo, li respinge.
Compensa spese ed onorari.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:
Pier Giorgio Trovato, Presidente
Filoreto D'Agostino, Consigliere
Aniello Cerreto, Consigliere
Vito Poli, Consigliere
Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore