

Il risarcimento in forma specifica si concretizza nella rinnovazione della gara con riferimento alla fase di valutazione delle giustificazioni sull'anomalia

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il risarcimento in forma specifica si concretizza nella rinnovazione della gara con riferimento alla fase di valutazione delle giustificazioni sull'anomalia

In questo caso il giudice amministrativo non accoglie la richiesta di inefficacia del contratto

La domanda con cui la ricorrente chiede con i due motivi aggiunti la declaratoria di nullità e/o invalidità ed inefficacia e/o caducazione stipulato in data 12/11/2009 non può essere accolta, ai sensi dell'art.122 cod. proc. amm., poiché l'accertato vizio di esclusione dalla gara della Ricorrente S.p.a. e quello (della stessa natura) riscontrato nell'aggiudicazione della gara alla Controinteressata , comporta l'obbligo dell'Amministrazione regionale resistente di rinnovare la stessa, con riferimento alla fase di valutazione delle giustificazioni sull'anomalia delle offerte presentate dalla Ricorrente S.p.a e dalla Controinteressata.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 14243 del 3 dicembre 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

N. 14243/2010 REG.SEN.

N. 01911/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1911 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento, previa sospensione,

-quanto al ricorso principale:

- del provvedimento del Responsabile unico del procedimento prot. n. 3312 del 28.10.09 di esclusione del costituendo raggruppamento Ricorrente S.p.a. - Ricorrente tre Consulting S.p.a. - Ricorrente quattro S.r.l., dalla gara indetta dalla Regione Siciliana, Assessorato Regionale al Lavoro, *****,
***** ed Emigrazione - Dipartimento regionale Formazione Professionale;

- del verbale del 22.9.09 del R.U.P. e della Commissione di gara;

- della nota del R.U.P. prot. n. 2615 del 5.8.09 con la quale sono stati richiesti al raggruppamento chiarimenti e giustificazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta;

-del verbale del 05/08/2009, di contenuto sconosciuto, nella parte in cui viene riportato, come emerge dal successivo verbale del 22/09/209, che la Commissione, dopo avere disposto l'aggiudicazione provvisoria, ha trasmesso al R.U.P. tutti gli atti di gara invitando lo stesso " a procedere secondo quanto stabilito dagli artt. 86, comma 5, 87 e 88 del Codice degli Appalti ";

- all'occorrenza, della nota prot. del R.U.P. prot. 2899 del 15.9.09;

- all'occorrenza, del Bando, del Disciplinare, del Capitolato speciale e di tutti gli atti facenti parte della lex specialis di gara,

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

-quanto al 1° ricorso per motivi aggiunti:

- della determina dirigenziale della Regione Siciliana, *****, Formazione professionale ed Emigrazione - Dipartimento regionale formazione professionale n. 2560 del 10.11.09, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva nei confronti del raggruppamento Controinteressata Coopers Advisory s.r.l. (capogruppo) e CONTROINTERESSATA DUE S.r.l., D.T.M. ***** e ***** Coop. a r.l.;

- di tutti gli atti richiamati nel provvedimento, ivi compresi la nota prot. n. 3311 del 10.11.09, la nota del R.U.P. prot. 1151 del 9.11.2009, la nota del R.U.P. prot. 3448 del 10.11.2009;

- della nota del R.U.P. prot. n. 1152 del 9.11.09;

di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

e per la declaratoria di nullità e/o invalidità e/o inefficacia e/o caducazione del contratto, laddove stipulato;

-quanto al 2° ricorso per motivi aggiunti:

della nota del R.U.P. prot.3390 del 04/11/2009;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 12/11/2009;

Visti il ricorso introduttivo, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato, per l'Amministrazione regionale intimata e della controinteressata Controinteressata;

Visti i D.C. nn. 1087/09 e 1099/09 di reiezione dell'istanza di misura cautelare provvisoria;

Vista l'ordinanza n.252/10 di rigetto della domanda incidentale di sospensiva;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso notificato il 10/11/2009 e depositato il giorno 12 seguente la Ricorrente S.p.a. in proprio e nella suindicata qualità, impugnava l'esclusione dalla gara e gli atti della relativa procedura specificati in epigrafe, deducendo i motivi di censura seguenti.

1) Violazione e falsa applicazione del punto 10 del disciplinare di gara, di ogni principio in materia di verifica di anomalia delle offerte e dell'art.97 Cost. Violazione di legge, eccesso di potere, irragionevolezza, difetto di istruttoria, contraddittorietà, sviamento, perplessità.

La verifica dell'anomalia dell'offerta non è stata effettuata dalla commissione di gara ma dal R.U.P., che non ne aveva la competenza.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del D.Lgs. 163/2006, dell'art.10 del disciplinare, dell'art.97 Cost., di ogni principio di buona amministrazione, di efficienza e di trasparenza, e di quelli in materia di procedure ad evidenza pubblica e di verifica di congruità delle offerte. Violazione di legge, eccesso di potere, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, contraddittorietà e perplessità.

L'esclusione dalla gara si basa su criticità dell'offerta non previamente contestate alla ricorrente che non è stata messa in condizione di fornire specifiche giustificazioni in proposito, né è stata convocata prima di essere esclusa.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art.97 Cost., di ogni principio di buona amministrazione, di efficienza e di trasparenza, e di quelli in materia di procedure ad evidenza pubblica e di verifica di congruità delle offerte, degli artt. 86, 87 e 88 D.Lgs. 163/2007. Violazione di legge, eccesso di potere, illogicità manifesta,

difetto di istruttoria, contraddittorietà e perplessità.

Nella seduta del 22/09/2009 sono state esaminate soltanto le giustificazioni trasmesse dal raggruppamento il 07/08/2009 senza effettuarsi alcuna verifica incrociata con le offerte tecnica ed economia e con le giustificazioni preventive prodotte in sede di gara, il che si rendeva ancor più necessario in relazione al fatto che l'offerta economica del RTI ricorrente (pari ad € 4.600.000) si poneva nella media dei ribassi economici presentati in gara.

4)Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di gare e dei principi di tempestività ed economicità delle aggiudicazioni, nonché dei principi della continuità, della concentrazione e della celerità delle operazioni concorsuali. Violazione dell'art.12 del D.Lgs. 163/2006 e della lex specialis di gara. Violazione di legge, eccesso di potere, sviamento, contraddittorietà manifesta, illogicità, irragionevolezza, difetto di istruttoria e perplessità.

Il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ha avuto una eccessiva durata, in violazione dei suindicati principi finalizzati al buon andamento ed alla trasparenza dell'attività amministrativa.

1.2.Con il primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 17/11/2009 e depositato il giorno 19 seguente, la Ricorrente S.p.a. impugnava l'aggiudicazione definitiva della gara nei confronti del RTI Controinteressata Coopers Advisory s.r.l. e Controinteressata due S.r.l. D.T.M. ***** e ***** Soc. Coop. a.r.l. e gli altri atti di gara in epigrafe specificati, avverso cui deduceva illegittimità derivata dalle censure dedotte col ricorso introduttivo ed inoltre, i motivi seguenti.

1)Violazione e falsa applicazione del punto 10 del disciplinare di gara , dell'art.97 Cost., di ogni principio in materia di procedure ad evidenza pubblica, di imparzialità, di economicità, di trasparenza, di buona amministrazione, di par condicio. Violazione di legge, eccesso di potere, irragionevolezza, contraddittorietà e sviamento manifesto.

La procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta del RTI Controinteressata è stata svolta solamente dal R.U.P. che non ne aveva il potere.

2) Violazione e falsa applicazione dei punti 10 e 11 del disciplinare di gara, dell'art.97 Cost., di ogni principio in materia di procedure ad evidenza pubblica, di imparzialità, di economicità, di trasparenza, di buona amministrazione, di par condicio. Violazione di legge, eccesso di potere, irragionevolezza, contraddittorietà, sviamento manifesto.

La verifica del possesso dei requisiti doveva effettuarsi solo dopo l'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante, invece, nei confronti della Controinteressata l'avrebbe anticipata alla fase post aggiudicazione provvisoria.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art.11, comma 10, e art.12 D.Lgs. n.163/2006, dell'art.3 L.n.241/1990. Eccesso di potere, difetto di reali presupposti di urgenza e sviamento.

Non c'erano ragioni di urgenza che giustificassero l'abbreviazione del termine minimo di trenta giorni dall'aggiudicazione definitiva, per la sottoscrizione del contratto.

1.3. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 24/02/2010 e depositato il 04/03/2010, la Ricorrente S.p.a. impugnava la nota del R.U.P. n.3390 del 04/11/2009 (con la quale si chiedeva alla Controinteressata Coopers Advisory S.r.l. di produrre la documentazione ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. 163/06) e chiedeva contestualmente la declaratoria di invalidità del contratto d'appalto stipulato il 12/11/2009.

La ricorrente deduceva i motivi seguenti.

1) Violazione dell'art.97 Cost. Violazione e falsa applicazione di ogni principio in materia di gare. Violazione dell'art.2 del D.Lgs. 163/2006. Violazione di legge, eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità manifesta, carenza di istruttoria, disparità di trattamento, perplessità.

Nei confronti del R.T.I. Controinteressata non sono state ritenute gravi alcune criticità che invece sono state specificamente contestate alla ricorrente.

2) Violazione e falsa applicazione del punto 10 del disciplinare di gara, dell'art.97 Cost., di ogni principio in materia di procedure ad evidenza pubblica, di imparzialità, di economicità, di trasparenza, di buona amministrazione, di par condicio. Violazione di legge, eccesso di potere, irragionevolezza, contraddittorietà, sviamento manifesto.

Con l'impugnata nota n.3390 del 04/11/2009 il R.U.P. ha anticipato alla fase antecedente all'aggiudicazione provvisoria l'espletamento degli adempimenti richiesti per la stipula del contratto con la Controinteressata.

1.4. Si costituiva la Controinteressata Coopers Advisory S.r.l. con memoria depositata il 09/12/2009, contestando la fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

1.5.L'Avvocatura dello Stato si costituiva in giudizio per resistere, con memoria depositata il 09/12/2009, con cui eccepiva l'inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata notifica alla contro interessata Controinteressata; nel merito sosteneva la legittimità degli atti di gara impugnati e concludeva per la declaratoria di inammissibilità e comunque per il rigetto del ricorso.

1.6. Depositavano successivamente memorie di replica, la ricorrente (10/11 e 15/11 -2010), la contro interessata (23/03 e 03/11 - 2010) e l'Avvocatura dello Stato (25/03 e 10/11 - 2010).

1.7. Alla pubblica udienza del 26 novembre 2010 i procuratori delle parti discutevano brevemente le rispettive tesi, indi chiedevano che il ricorso venisse posto in decisione.

2.1. Eccepisce la difesa Erariale che il ricorso principale sarebbe inammissibile in quanto non notificato alla contro interessata Controinteressata, collocatasi al secondo posto della graduatoria dei punteggi assegnati, come si desume dal verbale del 05/08/2009, nel quale la ricorrente risultava aggiudicataria provvisoria della gara ,fatto salvo l'esito della verifica di anomalia dell'offerta.

L'eccezione deve essere disattesa in virtù del prevalente orientamento giurisprudenziale in materia, dal quale il Collegio non ha motivo di discostarsi, secondo cui i partecipanti ad una gara d'appalto, in assenza di aggiudicazione, non rivestono la posizione di controinteressati nel giudizio relativo all'impugnazione di un provvedimento di esclusione della gara stessa (cfr., fra le tante, Consiglio Stato , sez. VI, 08 luglio 2010 , n. 4437; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 13 maggio 2009 , n. 904).

Nella specie, la ricorrente obietta all'eccezione di inammissibilità che alla data di notifica del ricorso, il 10/11/2009, " non era a conoscenza della aggiudicazione provvisoria nei confronti della contro interessata " (pag. 2, memoria dep. 10/11/2010). Ed in effetti la relativa comunicazione il RUP ha dato alla Controinteressata con nota prot. 1151 del 09/11/09 ed al dirigente generale con nota n.3448 del 10/11/09, ma non risulta che lo stesso abbia fatto con la ricorrente, né l'Avvocatura offre elementi probatori contrari sul punto.

Aggiunge il RTI ricorrente che " solo in data 31/10/2009, a seguito della ricezione della nota del R.U.P. prot. 3312 del 28/10/2009 e dell'allegato verbale del 22.09.2009 del R.U.P. e della Commissione di gara, l'odierno ricorrente ha appreso di essere stato escluso dalla procedura, ed in tale contesto ha notificato il ricorso all'Amministrazione in data 10/11/2009 " (pag. 1, memoria dep. 15/11/2010).

L'eccezione deve essere dunque respinta.

2.2. Nel merito, il ricorso principale è fondato con riferimento al primo motivo di censura che deduce, principalmente, violazione e falsa applicazione dell'art.10 del disciplinare di gara, in quanto " l'esclusione della ricorrente è stata disposta direttamente dal R.U.P. e non dalla Commissione all'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. "

E' accaduto, in pratica, che nella seduta pubblica del 05/08/2009 la Commissione di gara, dopo avere riscontrato la correttezza dei punteggi assegnati alle 9 ditte partecipanti, procedeva alla verifica di eventuali offerte anormalmente basse ai sensi dell'art.86, comma 2, del D.Lgs.163/06, individuando come tali, sia l'offerta della Ricorrente S.p.a. (che aveva ottenuto il punteggio più elevato) che quella della Controinteressata, seconda in graduatoria.

Di conseguenza, la Commissione di gara " fatta salva eventuale verifica di congruità aggiudica(va) provvisoriamente la gara al ...costituendo *****...con il punteggio totale di punti 91,21 ..."

Con nota in pari data il R.U.P. " ...al fine di procedere all'aggiudicazione provvisoria " invitava la Ricorrente S.p.a. , ai sensi degli artt. 87 e 88 del D.Lgs. 163/06, " a fornire gli opportuni chiarimenti ed ogni giustificazione ritenuta pertinente in merito agli elementi costitutivi l'offerta medesima ".

Con nota n.2899 del 15/09/2009 il R.U.P. " ha riconvocato i componenti della Commissione di aggiudicazione, a supporto tecnico dello stesso, allo scopo di compulsare la documentazione pervenuta dalla Ditta (Ricorrente) S.p.A. a giustificazione dell'offerta economica presentata, risultata anormalmente bassa ..." , come si evince dalle premesse del verbale 22/09/2009 (pag. 3). Nel medesimo atto si precisa pure che i componenti della Commissione dichiarano di avere esaurito il proprio compito " con la consegna di tutti gli atti di gara " e che, ciò nonostante, il R.U.P. " richiede loro di presenziare all'apertura della busta sigillata pervenuta dalla Ditta Ricorrente per verificare l'esatto contenuto della documentazione prodotta. "

In questa singola attività certificatoria, nella non perspicua redazione del relativo verbale, sembra di capire che si sia compendiato l'intervento della Commissione, come si può desumere dal proseguo del detto verbale nel quale non si evince una autonoma valutazione o ponderazione alcuna da parte della medesima Commissione delle giustificazioni dell'offerta addotte dalla Ricorrente S.p.a., a nulla rilevando che il verbale medesimo sia formalmente sottoscritto dai componenti della stessa, dato che, come sopra osservato, gli stessi componenti avevano, all'inizio della seduta, espressamente affermato che "le competenze" della Commissione erano "terminate con la consegna di tutti gli atti di gara".

Ed invece l'art.10, comma 1, del disciplinare di gara, di cui a ragione si deduce la violazione e falsa applicazione, prescrive che la Commissione di gara procede " alla verifica della soglia di anomalia ai sensi dell'art.86 del Codice degli Appalti ed alla verifica delle offerte eventualmente anomale in contraddittorio scritto con le imprese concorrenti..."

La difesa Erariale e la contro interessata controdeducono che la Commissione di gara avrebbe espresso le sue valutazioni sull'anomalia dell'offerta della Ricorrente S.p.a. nel verbale del 22/09/2009, circostanza, questa, che si è già sopra confutata ; sostengono, inoltre, che " l'art.10 D.Lgs. 163/06 testualmente prevede che al RUP siano conferiti tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal codice, ivi compresi gli affidamenti in economia e la vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti." (pag.4 memoria Avv.ra, dep.10/12/2009).

" La norma non lascia alcun margine di dubbio sulle amplissime attribuzioni del RUP, anche con specifico riferimento all'adozione del provvedimento di esclusione, previo rinvio esplicito, qui incontestato, al verbale della Commissione di gara convocata per il 22/9/09 " (ibidem).

Al riguardo va osservato, in aggiunta al dirimente rilievo suesposto riguardo all'acclarata violazione del disciplinare di gara (art.10, comma) che la giurisprudenza, anche recente, del Consiglio di Stato (sez. VI, 15 luglio 2010 , n. 4584 - citata nella memoria di replica della ricorrente) ha statuito, in fattispecie analoga alla presente, che non è compito del RUP pronunciare sull'anomalia dell'offerta di gara anche se vi fa seguito una semplice presa d'atto da parte della Commissione (che, nella specie, non risulta avere

effettuato alcuna autonoma valutazione). In sostanza, la Commissione deve operare un proprio, diretto apprezzamento della relazione tecnica redatta dal RUP e degli specifici contenuti di essa, perché spetta alla Commissione medesima la valutazione dell'anomalia. In sostanza, l'ufficio (anche se competente nel settore al quale attiene l'oggetto della gara) può, infatti, dare pareri d'ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara con aggiudicazione all'offerta più vantaggiosa, ma non può essere rimesso allo stesso il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte allorché sia stata costituita un'apposita Commissione valutatrice, la cui semplice presa d'atto dell'attività compiuta dal RUP non soddisfa all'esigenza che la valutazione delle offerte non venga - nei suoi contenuti concreti e, in special modo, nelle sue tematiche di rilevanza giuridico-interpretativa - sottratta al vaglio dell'organo specificamente deputato a valutare i contenuti delle offerte stesse. Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta non di carattere comparativo, ma pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta stessa, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste.

Sussiste quindi il dedotto vizio formale di incompetenza del RUP che assume valenza assorbente rispetto alle altre censure sostanziali dedotte, essendo consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui la decisione di accoglimento del ricorso fondata sul vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di gravame. Il motivo con cui si deduce l'incompetenza ha carattere prioritario e deve esaminarsi con precedenza sugli altri, poiché, una volta ritenuta incompetente l'autorità che ha emanato l'atto impugnato, la valutazione sui vizi sostanziali si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente (cfr. Cons. Stato sez. IV, 12 dicembre 2006, n. 7271; e nn. 4159/95 e 4214/01).

Il ricorso principale va pertanto accolto, col conseguente annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

3. Col primo ricorso per motivi aggiunti si impugna la determina dirigenziale della Regione Siciliana, ***** , ***** , Formazione professionale ed Emigrazione - Dipartimento regionale formazione professionale n. 2560 del 10.11.09, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione

definitiva nei confronti del raggruppamento controinteressata Coopers Advisory s.r.l. (capogruppo) e CONTROINTERESSATA DUE S.r.l., D.T.M. ***** e ***** Coop. a r.l.

Tali motivi aggiunti sono fondati sia per illegittimità derivata dal ricorso introduttivo che in via autonoma per lo stesso vizio di incompetenza del R.U.P. dedotto con riferimento al sub procedimento di valutazione dei giustificativi dell'offerta anomala della Controinteressata che non è stato svolto dalla Commissione di gara, come si evince dalle premesse della determinazione dirigenziale impugnata.

4. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti si impugna la nota prot.3390 del 04/11/2009 con la quale il R.U.P. ha chiesto alla Controinteressata di fornire, ai sensi dell'art.48 D.Lgs. 163/2006 la documentazione necessaria per la stipula del contratto. Si tratta di un atto meramente consequenziale rispetto a quelli impugnati col primo ricorso per motivi aggiunti che rimane quindi anch'esso caducato da invalidità derivata dal rilevato vizio di incompetenza del R.U.P.

5. La domanda con cui la ricorrente chiede con i due motivi aggiunti la declaratoria di nullità e/o invalidità ed inefficacia e/o caducazione stipulato in data 12/11/2009 non può essere accolta, ai sensi dell'art.122 cod. proc. amm., poiché l'accertato vizio di esclusione dalla gara della Ricorrente S.p.a. e quello (della stessa natura) riscontrato nell'aggiudicazione della gara alla Controinteressata , comporta l'obbligo dell'Amministrazione regionale resistente di rinnovare la stessa, con riferimento alla fase di valutazione delle giustificazioni sull'anomalia delle offerte presentate dalla Ricorrente S.p.a e dalla Controinteressata

6. Si ravvisano nondimeno valide ragioni per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda) accoglie nei sensi indicati in motivazione il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla, per quanto di ragione i provvedimenti impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Rigetta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio dei dì 26 novembre e 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

***** , ***** , Estensore

***** , Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/il-risarcimento-in-forma-specifica-si-concretizza-nella-rinnovazione-della-gara-con-riferimento-alla-fase-di-valutazione-delle-justificazioni-sull-anomalia/>