

Illegittima aggiudicazione dei lavori, alla ricorrente vanno riconosciuti: il mancato utile va liquidato nella misura del 5% dell'offerta indicata (in applicazione del criterio corrente in giurisprudenza che applica in via analogica l'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, circa la quantificazione del danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A.) ; il danno emergente può essere liquidato in via equitativa nella misura del 2% del prezzo offerto (la voce comprende (a) le spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione (b) il pregiudizio per la perdita di chance legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori.)

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 3819 del 5 luglio 2007 del Consiglio di Stato in tema di quantificazione del danno ingiusto da riconoscere in caso di mancata aggiudicazione di un appalto di lavori:

< Il mancato utile va liquidato nella misura di €289.214,11, pari al 5% dell'offerta indicata in € 5.714.282,13. Questa percentuale è stata indicata dall'impresa. E ciò in applicazione del criterio corrente in giurisprudenza che applica in via analogica l'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, circa la quantificazione del danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A..

7.3. Il danno emergente può essere liquidato in via equitativa nella misura del 2% del prezzo offerto dall'impresa: la relativa voce comprende (a) le spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione (art. 2, comma 7, della direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992, 92/13/CEE) e (b) il pregiudizio per la perdita di chance legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori. La determinazione in misura equitativa è giustificata dalla vicinanza della sede dell'impresa a quella dei lavori.

7.4. Sulle somme liquidate deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta). Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione >

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

sul ricorso in appello n.r.g. 680 del 2006, proposto dalla s.r.l. Costruzioni DITTA ALFA, in persona del legale rappresentante in carica ing. Giovanni De Biasi, con sede in Riva del Garda (TN) rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Maccaferri e Armando Montarsolo ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma viale G. Mazzini n. 157;
contro

A.P.M. s.p.a. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Roma, rappresentata e difesa dall'avv. Romano Niccolini e dall'avv. Nicola Marcone ed elettivamente domiciliata lo studio del secondo in Roma, via G. Mercalli n. 11;

e nei confronti della

DITTA BETA Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitasi nella presente fase di giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige, sede di Trento n. 234 del 10 agosto 2005 che ha respinto il ricorso della s.r.l. Costruzioni DITTA ALFA avverso i seguenti provvedimenti:

verbale di gara dd. 21.10.2004 rep. 5513 racc. 618, con il quale la S.p.A. Alto Garda Parcheggi e Mobilità ha concluso le operazioni concorsuali relative all'affidamento, mediante licitazione privata, dei lavori di "realizzazione di autorimessa interrata per 444 posti auto e sistemazione superficiale del sedime del piazzale tra i viali Pilati e Roma", per un importo complessivo a base di gara di € 7.269.409,97, di cui € 397.473,63 per oneri di sicurezza, escludendo dalla procedura di gara l'offerta presentata dalla ricorrente Costruzioni DITTA ALFA s.r.l., in quanto giudicata "non congrua", dichiarando aggiudicataria l'impresa DITTA BETA Costruzioni S.p.A. di Roma per il ribasso offerto nella percentuale del 20,438% e, quindi, per il prezzo offerto di €5.612.204,97;

verbale dd. 21.10.2004 di "valutazione dell'offerta potenzialmente anomala presentata dalla ditta: Costruzioni DITTA ALFA ing. Giovanni S.r.l. con sede a Riva del Garda (TN), in viale Baruffaldi, 3" a firma del responsabile unico del procedimento dott. Riccardo Lucatti, allegato al verbale di gara 21.10.2004 rep. 5513 racc. 618;

ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso, in particolare - ove intervenuto - del contratto di appalto;

per quanto occorra

verbale di gara dd. 17.03.2004 rep. 123578 racc. 12109 relativo alla prima fase delle operazioni concorsuali della gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della s.p.a. A.P.M. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità,

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 4 maggio 2007, il consigliere Cesare Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Montarsolo e Marcone, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. La società a r. l. Costruzioni DITTA ALFA ha partecipato alla gara, a licitazione privata, indetta dalla s.p.a. A.P.M. - Altogarda Parcheggi e Mobilità per l'aggiudicazione, secondo il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lettera a), della legge n. 109/1994, dei lavori di realizzazione di un'autorimessa interrata per n. 444 posti auto e la sistemazione superficiale del sedime del piazzale tra i viali Pilati e Roma in Riva del Garda, per l'importo complessivo a base di gara di €7.629.409,97 (di cui €397.473,63 per oneri di sicurezza), successivamente ridotto, con lettera prot. n. 2004/440 dd. 25 febbraio 2004, ad € 7.451.315,27 (di cui €397.473,63 per oneri di sicurezza).

2. Nel bando di gara in data 30 luglio 2003 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 9 agosto 2003 e della Repubblica Italiana in data 13 agosto 2003), era precisato che l'anomalia delle offerte sarebbe stata valutata secondo l'art. 21, comma 1-bis della legge n. 109/94.

3. Nella lettera d'invito si precisava che - i concorrenti avrebbero dovuto compilare la "lista delle categorie di lavoro e forniture previste per l'esecuzione dell'appalto", inserendovi i prezzi unitari offerti, il conseguente prezzo complessivo ed il risultante ribasso offerto, ai sensi dell'art. 90 del D.P.R. 554/99; - l'offerta avrebbe dovuto essere corredata dalle giustificazioni, in conformità ai contenuti del documento denominato "criteri per la valutazione delle offerte anomale per appalto di

importo superiore alla soglia co-munitaria", costituente l'allegato V alla lettera di invito; - la giustificazione dei prezzi offerti avrebbe dovuto avvenire mediante presentazione delle analisi dei prezzi appositamente evidenziati nell'e-laborato "voci di e.p. più significative (75%) art. 21 comma 1 - bis della legge 109/94" (allegato B dell'allegato V), redatto secondo il modello guida per l'analisi dei prezzi (allegato A dell'allegato V).

4. In data 17 marzo 2004 durante la prima seduta di gara, la Commissione apriva le buste contenenti le offerte economiche e formava la graduatoria delle 10 offerte risultate valide per la fase di valutazione dell'anomalia, la cui soglia era determinata in misura pari al 21,523%.

5. Rispetto alla soglia, risultavano superiori le offerte di DITTA GAMMA S.p.A. (con un ribasso del 27,841%), di Costruzioni DITTA ALFA S.r.l. (con il 23,63%) e DITTA ZETA S.p.A. (con il 21,641%). Seguivano i sub procedimenti di valutazione delle offerte anomale.

6. Con il verbale 21 ottobre 2004, venivano escluse le offerte delle ditte DITTA ZETA S.p.A., Pellizzer s.r.l., Pessina Costruzioni s.p.a., Adanti s.p.a., ed era ricalcolata quindi la soglia di anomalia nella misura del 21,451%. Le offerte delle ditte DITTA GAMMA e DITTA ALFA erano considerate sopra la soglia di anomalia e pertanto escluse dalla gara che veniva aggiudicata alla ditta DITTA BETA Costruzioni S.p.A. di Roma per il ribasso offerto nella percentuale del 20.438% sul prezzo posto a base di gara e quindi per il prezzo offerto di €5.612.204,97.

7. Avverso l'esclusione la società De Biasi articolava in primo grado i seguenti motivi:

7.1. violazione dell'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109/1994, dell'art. 30 della Direttiva CEE n. 97/37 e della lex specialis di gara; carenza istruttoria e contraddittorietà: la Commissione preposta alla valutazione dell'anomalia dell'offerta ha omesso di valutare, in concreto, sia gli elementi per i quali sono state richieste giustificazioni che la loro incidenza rispetto all'offerta nel suo complesso. La Commissione ha rilevato l'insufficienza e genericità delle analisi e delle dichiarazioni integrative rese dall'Impresa relativamente alle voci corrispondenti alle "schede n. 10, 12, 17, 20, 23, 25, 27, 32, 34, 40, 43, 44, 47", e alle "schede n. 17, 20, 23, 25, 27, 43, 44, 47"; ha però affermato che tra le voci di prezzo anzi-dette solo quelle corrispondenti ai nn. 12 e 27 risultano anomale. E' generico ed immotivato l'assunto della Commissione relativo alla pretesa sussistenza di possibili altri elementi di incongruità dei prezzi offerti non immediatamente valutabili. La Commissione non avrebbe dimostrato l'inattendibilità dei prezzi ma avrebbe immotivatamente sostituito alcune componenti del prezzo con altri importi. Erano infine infondati gli assunti sulla riduzione dell'utile d'impresa.

7.2) violazione dell'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109/1994, dell'art. 30 della Direttiva CEE n. 97/37 e della lex specialis di gara. Difetto di motivazione, sviamento ed erronea valutazione dei presupposti. Nell'analisi a corredo dei 47 prezzi per i quali l'Amministrazione ha richiesto giustificazioni preventive, l'Impresa De-biasi ha indicato un'aliquota per spese generali pari al 7% e, quindi, nella misura minima stabilita dal disciplinare di gara. La suddetta indicazione è stata giustificata nella nota 11 marzo 2004 con la circostanza che l'azienda è ubicata sia come uffici sia come sede produttiva a poche centinaia di metri dal cantiere di talché una buona parte dei costi fissi vengono meno. Non è stato valutato che l'utile d'impresa è strettamente connesso alle spese generali, in quanto entrambi sono in correlazione percentuale con l'importo dell'appalto.

7.3) Carenza di istruttoria ed erronea valutazione dei presupposti; travisamento dei fatti e contraddittorietà manifeste. La Commissione non ha considerato che la ricorrente ha provveduto all'analitica confutazione delle valutazioni espresse dalla Stazione appaltante in merito alla pretesa anomalia di una serie di prezzi offerti.

8. Innanzi al Giudice di primo grado si sono costituiti A.P.M. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità e la controinteressata aggiudicataria DITTA BETA Costruzioni che ha proposto ricorso incidentale, deducendo che la società DITTA ALFA Costruzioni avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere osservato i termini perentori e le formalità prescritte per la presentazione dei chiarimenti e delle integrazioni delle analisi dell'offerta in sede di contraddittorio sull'anomalia e per l'esistenza di ulteriori ragioni di anomalia dell'offerta della società DITTA ALFA non evidenziate dall'Amministrazione.

9. Il ricorso della società DITTA ALFA Costruzioni è stato rigettato dalla decisione in epigrafe che ha dichiarato conseguentemente improcedibile il ricorso incidentale della s.p.a. DITTA BETA Costruzioni. La sentenza ha condiviso il documento a firma del R.U.P. (allegato sub F al verbale della Commissione aggiudicatrice del 21 ottobre 2004), recante la determinazione di esclusione delle offerte anomale ed ha ritenuto infondato il primo motivo, ritenuto che la verifica dell'anomalia dell'offerta è stato condotto dalla Stazione appaltante mediante un confronto con la società DITTA ALFA, alla quale sono stati richiesti chiarimenti e un incontro diretto fra il responsabile del procedimento di verifica e il legale rappresentante della concorrente. Il secondo motivo è stato respinto per la considerazione che la società DITTA ALFA non avrebbe fornito giustificazioni specifiche e documentate in merito alle condizioni particolarmente favorevoli che le consentivano di ridurre l'incidenza dell'utile d'impresa all'aliquota minima. Del terzo motivo è stata adottata l'inammissibilità in quanto il giudice non può sovrapporsi alle valutazioni dell'amministrazione non inficiate da palesi profili di erroneità e di illogicità.

10. La sentenza è appellata dalla società Costruzioni DITTA ALFA che ne chiede la riforma e la condanna della società A.P.M. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità al risarcimento del danno. Nel presente grado si è costituita la s.p.a. A.P.M. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità che ha chiesto il rigetto dell'appello. Non si è invece costituita l'aggiudicataria s.p.a. DITTA BETA Costruzioni.

11. La causa viene in decisione all'udienza del 4 maggio 2007.

DIRITTO

1. Al termine della valutazione delle offerte per la realizzazione di un'autorimessa interrata per n. 444 posti auto e la sistemazione superficiale del sedime del piazzale tra i viali Pilati e Roma in Riva del Garda, la gara, indetta dalla s.p.a. A.P.M. - Altogarda Parcheggi e Mobilità con il sistema della licitazione privata, è stata aggiudicata alla ditta DITTA BETA Costruzioni s.p.a. di Roma per il prezzo di €5.612.204,97 corrispondenti al ribasso del 20,438% offerto sul prezzo posto a base di gara, previo giudizio di non congruità delle offerte delle ditte DITTA GAMMA s.p.a. e Costruzioni DITTA ALFA ing. Giovanni s.r.l., con ribassi, rispettivamente del 27,841% e del 23,630%.

2. Il ricorso proposto avverso il verbale in data 21 ottobre 2004 e le relazioni del procedimento di verifica dell'anomalia condotto dal Responsabile Unico allegate sub "E" ed "F" all'anzidetto verbale è stato rigettato dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige, con la sentenza impugnata in questa sede.

3. Nella prima, complessa censura di merito, l'appellante afferma che la decisione: (a) avrebbe omissis di valutare le analisi e le dichiarazioni integrative rese relativamente alle voci corrispondenti alle "schede n. 10, 12, 17, 20, 23, 25, 27, 32, 34, 40, 43, 44, 47", e alle "schede n. 17, 20, 23, 25, 27, 43, 44, 47", delle quali solo le voci di prezzo corrispondenti ai nn. 12 e 27 risultavano anomale. Non sarebbe stato poi apprezzato il difetto di motivazione dell'assunto relativo a "possibili altri elementi di incongruità dei prezzi offerti non immediatamente valutabili in considerazione del fatto che il concorrente non ha fornito, nonostante le ripetute richieste formulate dal Responsabile Unico del Procedimento, le sottoanalisi del costo dei mezzi d'opera, mezzi di trasporto, attrezzature di cantiere e macchinari previsti in impiego per l'esecuzione dei lavori in appalto"; (b) in luogo di fornire giustificazioni attendibili alle proprie analisi, la Commissione si sarebbe limitata a sostituire alcune componenti del prezzo esposto da quest'ultima con altri (più elevati) importi, senza peraltro fornire al riguardo alcuna concreta motivazione; (c) sarebbe, infine, infondato l'assunto che l'utile d'impresa avrebbe subito un drastico ridimensionamento in relazione alle anomalie rilevate, perché l'incidenza dell'anomalia rispetto all'utile preventivato dalla concorrente era, in ogni caso, minimale al pari dell'incidenza dell'anomalia stessa sull'importo complessivo di appalto. Il motivo in esame è integrato dal terzo, nel quale le contestazioni della stazione appaltante relative alle singole schede vengono specificatamente confutate ad una ad una.

4. Il Collegio condivide le censure della ditta DITTA ALFA.

4.1. L'esame della documentazione in atti sorregge le affermazioni dell'appellante secondo cui la commissione non avrebbe espresso alcun specifico motivato giudizio di anomalia in relazione alle schede n. 10, 12, 17, 20, 23, 25, 32, 34, 40, 43, 44 e 47.

4.2. L'andamento procedimentale riportato nel "quadro di sintesi delle principali carenze ed omissioni della documentazione pro-dotta dall'impresa DITTA ALFA ing. Giovanni a giustificazione della propria offerta" (n. 15, dep. APM del 26.01.2005) evidenzia, in particolare, che il giudizio di incongruità è scaturito da richieste della stazione appaltante ritenute non soddisfatte dalle risposte della ricorrente con valutazioni non sempre rispondenti a precetti di logica. In particolare:

a) con riferimento al costo della manodopera (schede 8, 11, 14, 18, 22, 24, 33 36, 38 e 42 e schede 2, 12, 17, 23, 27, 34, 43, 44 e 47 - punto 3 del provvedimento impugnato).

In data 3 giugno 2004, si richiede all'impresa di indicare la tabella di cui al d.m. 11.12.1978 assunta quale indice di riferimento per l'incidenza del costo della manodopera dichiarata nell'analisi delle voci di prezzo fornite. Sulla documentazione integrativa presentata dall'impresa il 9.6.2004, la stazione appaltante eccepisce la stessa non contiene la tabella di cui al d.m. 11.12.1978 e richiede, in data 7 luglio 2004 precisazione in ordine alla squadra di operai previsti in impiego e nei tempi di attività distintamente per ciascuna delle operazioni e/o lavorazioni elementari comprese e compensate nelle voci di prezzo con riferimento alle operazioni logistiche ed alle operazioni compensative tipiche. La richiesta è formulata per le voci corrispondenti alle schede 8, 11, 14, 18, 22, 24, 33 36, 38 e 42 nonché per le schede 2, 12, 17, 23, 27, 34, 43, 44 e 47, per le quali il concorrente ha candidato l'esecuzione del subappalto da parte di ditte terze. Circa le indicazioni fornite dall'impresa in data 09.07.2004, il giudizio complessivo contenuto nel "quadro di sin-tesi" è che le indicazioni risultano piuttosto generiche e che non sono corredate da riscontri da parte delle candidate per l'esecuzione delle lavorazioni in subappalto. In data 19.07.2004 viene rinnovata la richiesta corrispondente alla scheda 21 di indi-viduare le singole lavorazioni e/o operazioni che la compongono e di fornire maggiori precisazioni in ordine al procedimento costrut-tivo. Per le voci corrispondenti alle schede 2, 12, 17, 27, 34 e 47 viene formulata la stesa richiesta della scheda 21 e si invita la con-corrente a far rendere le stesse precisazioni da parte della ditta su-bappaltatrice candidata e a sottoscrivere tali dichiarazioni. Per le voci corrispondenti alle schede 11, 18, 22, 24, 33 36 e 42 viene ri-volto l'invito al concorrente ed al subappaltatore candidato a pre-cisare meglio le attrezzature e/o sistemi previsti in impiego, le e-ventuali predisposizioni dei manufatti prefabbricati e le operazioni di aggancio sull'autotreno degli elementi di solai e di trave cui so-no riferite le voci in esame.

Circa le ragioni per cui le giustificazioni della concorrente presen-tate il 27.07.2004 non sono stata accettate dalla stazione appaltan-te, il Collegio osserva quanto segue.

- non sorregge l'esclusione la conclusione del RUP, secondo cui le voci corrispondenti alle schede 2, 12, 17, 27, 34 e 47 non sono state rese né sono corredate di riscontro da parte del subappalta-tore candidato. In conformità della richiesta della stazione appal-tante APM nella nota 19.07.2004, dette integrazioni risultano pro-dotte ed allegate al fascicolo della ricorrente (sub 14/15, dep. pri-mo grado dello 03.01.2005) con riferimento al punto 2 della ri-chiesta della stazione appaltante. Che poi le anzidette schede inte-grative non siano corredate dal riscontro da parte del subappalta-tore candidato (al pari della schede 11, 18, 22, 24, 33, 36 42) non rappresenta certo causa di incongruità dell'offerta ma mera irrego-larità che non rende inattendibile in sé e per sé il contenuto dell'offerta sotto il profilo della conformità ai prezzi di mercato e all'utile d'impresa;

- non appaiono esaustive sul piano della motivazione le incongrui-tà rilevate per la scheda 12, di 10 minuti per l'iniezione di un tiran-te da parte di una squadra tipo e di 9 minuti per i collaudo e la te-satura di un tirante. In disparte la circostanza, rilevata a pag. 23 dell'appello, che non erano mai state chieste le giustificazioni rela-tive all'onere per l'esecuzione dei tiranti, chiarezza e clare loqui dell'amministrazione impongono di indicare quali tempi la stazione appaltante riteneva congrui in luogo di quelli stabiliti dalla concor-rente;

- egualmente insufficienti a giustificare il comportamento della sta-zione appaltante è l'omessa indicazione nelle schede integrative 7 e 12 degli oneri per i tiranti preliminari di prova. La scheda n. 7 non risulta fra quelle da integrare nella nota APM del 19.07.2006 e nel punto 2 di quest'ultima,

ove è menzionata la scheda n. 12, non si fa riferimento alcuno agli oneri per la realizzazione dei tiranti preliminari di prova;

- irrilevante e ingiustificata è obiezione che la concorrente avrebbe pretermesso di distinguere le operazioni e/o lavorazioni elementari richieste per la membrana drenante e non avrebbe dato conto de-gli oneri aggiuntivi per tale attività (scheda n. 27). In disparte l'osservazione che la sottostima pari ad €0,13 del prezzo esposto dall'impresa determina un'anomalia di €1.250,00 irrilevante sul ri-basso complessivo della gara, si rileva che nella richiesta APM del 19.07.2004, la scheda n. 27 non è distintamente menzionata al punto 2 delle osservazioni. Ciò premesso, il Collegio osserva che non è conforme a precetti di logica estrapolare una sola scheda dalle altre e pretermettere l'integrazione fornita dall'impresa. Quest'ultima, poi, appare conforme alla richiesta, specie se considerata in relazione alla richiesta precedente del 07.07.2004 (opere e/o lavorazioni elementari richieste per l'applicazione della membrana su parete verticale e maggiori oneri aggiuntivi) incentrata in prevalenza sul tipo di materiale impiegato e sulla squadra ti-po;

- ininfluenza a giustificare il provvedimento è infine l'elemento peso dei materiali impiegati (non indicato nelle schede 11, 18, 22, 24, 33, 36 42) in quanto non richiesto nel relativo punto 2 della nota 19.07.2006.

b) con riferimento ai noleggi e trasporti (schede n. 2 e 5 - punto 4 del provvedimento impugnato). Secondo la stazione appaltante, la documentazione integrativa presentata dall'impresa il 9 giugno 2004 non avrebbe fornito alcun riscontro da cui evincere che sono nella disponibilità delle ditte subappaltatrici i mezzi e le attrezzature previste in impiego. Sempre secondo la stazione appaltante, non viene data alcuna indicazione dei costi di ammortamento annuali e per nessuno dei mezzi d'opera mezzi di trasporto, impianti e macchinari viene prodotta la sottoanalisi di costo. Inoltre, la documentazione prodotta non indica le caratteristiche dei mezzi in impiego per l'allontanamento ed il trasporto dal cantiere nei luoghi di stoccaggio e sistemazione definitiva. Nella richiesta del 7.07.2004 della stazione appaltante, si fa riferimento ai mezzi d'opera, di trasporto, macchinari e attrezzature di cantiere per i quali devono essere forniti gli ammortamenti annuali, le sottoanalisi di costo delle attrezzature in impiego e le caratteristiche dei mezzi impiegati per l'allontanamento e il trasporto. Siffatti elementi non risulterebbero contenuti nelle schede integrative presentate il 9.07.2004 e la stazione appaltante ne ribadisce la necessità nella richiesta del 19.07.2004 riscontrata il 27 luglio.

Alla luce dell'allegato V alla lettera d'invito (voci: "noleggi e trasporti" e "materiale di risulta"), la conclusioni del responsabile del procedimento non appaiono condivisibili con riferimento alle schede 2 e 5.

- i compensi per spese generali ed utili dei subappaltatori non sono menzionati nelle relative voci dell'allegato V alla lettera d'invito. Sotto la voce "subappalti" è chiarito che l'impresa partecipante dovrà giustificare gli elementi di costo che determinano l'economicità del prezzo dell'opera o della lavorazione indipendentemente dal fatto che essa possa essere affidata in subappalto. Su questa indicazione deve svolgersi la valutazione di congruità dell'offerta. È vero che a chiosa della stessa voce è previsto l'onere di spese generali e l'utile del subappaltatore nell'analisi dei prezzi, ma non ne è specificata la rilevanza ai fini della congruità. L'omessa indicazione degrada a mera irregolarità, non rilevante ai fini della congruità dell'offerta.

- quanto alla scheda n. 2, l'appellante aveva fornito giustificazioni nella nota 9.7.2004, in merito ai costi relativi agli scavi e trasporti del materiale di risulta, chiarendo, in particolare, che il prezzo era stato calcolato in considerazione che le macchine operatrici erano proprietà del subappaltatore e che i costi orari erano riferiti al solo utilizzo dei mezzi d'opera. È immotivata oltre che irrilevante ai fini della congruità, l'osservazione che per il viaggio di trasporto del materiale di scavo, sarebbero mediamente da mettere in conto al-meno 76 minuti corrispondenti ad una velocità commerciale di circa 40 km/h, al lordo dei tempi di manovra, carico e scarico, anziché i 70 minuti esposti dall'impresa.

- quanto alla scheda 5, a confutazione degli ulteriori rilievi, l'appellante deduce di aver prodotto in sede di gara, offerta della ditta Bianchi per un prezzo unitario giustificato di €4,68/mc. per il

materiale di risulta; l'offerta era intera a riscontro delle richieste del 7 luglio 2004 con le modalità del costo proposto, giustificandolo con la circostanza che le macchine sono di proprietà della subappaltatrice e che pertanto il costo orario era riferito al solo utilizzo dei mezzi d'opera, esponendo in dettaglio i costi di utilizzo dell'escavatore e degli autocarri; a riscontro della successiva richiesta 19.07.2004 era prodotta l'analisi geomeccanica e geoambientale sui litotipi provenienti dalla sbancamento che escludeva la pericolosità dei rifiuti e la loro idoneità ad essere conferiti nel deposito di inerti ed essere trasformati in materiale alternativo ed aggregati naturali.

c) con riferimento ai materiali a piè d'opera - pavimento industriale antiusura e antiolio - rete elettrosaldata (scheda n. 14 - punto 5 del provvedimento impugnato). Il rilievo d'incongruità compare a seguito della documentazione integrativa del 9.06.2004. Nella richiesta della stazione appaltante del 7.7.2004, il concorrente è invitato a precisare i criteri per determinare l'incidenza del costo della fornitura del materiale e a documentare le giustificazioni. La valutazione di incongruità è espressa con riguardo alla documentazione integrativa del 9 giugno 2004, consistente nella copia del manuale con indicazione dei pesi di riferimento per pannelli di reti elettrosaldate standard e nell'indicazione di un prezzo unitario di fornitura di € 0,30 kg. Il prezzo viene giudicato non coerente con il riferimento al listino C.I.I.A.A. al 1° marzo 2004 e quindi non congruo. La conclusione della stazione appaltante viene confutata con le circostanze notorie dell'oscillazione dei prezzi dell'acciaio e delle possibili variazioni di listino fra il momento in cui l'offerta è effettuata e quello in cui l'acquisto viene realmente effettuato.

4.3. Le censure prima e terza devono conclusivamente essere accolte non rispondendo del contestazioni mosse all'impresa a pre-cetti di logica.

5. Nel secondo motivo di appello si contestano le conclusioni del provvedimento impugnato relativamente ai punti 1 e 2 relativi alle spese generali e all'utile d'impresa, indicate nella misura del 7% e del 5%. Circa le valutazioni della stazione appaltante, la sentenza impugnata ha affermato che la riduzione dell'utile d'impresa può trovare giustificazione nell'esistenza di comprovate e specifiche economie di scala realizzate dall'impresa, in modo da consentire comunque l'indispensabile remunerazione del capitale investito. La sentenza pone, perciò, a carico dell'impresa l'onere di fornire la prova della congruità della propria offerta, e cioè la dimostrazione che, nonostante il ridotto margine di utile, l'offerta potesse essere comunque essere resa in condizioni e con modalità tali da soddisfare in misura adeguata l'interesse pubblico alla regolare esecuzione dell'opera.

5.1. Al proposito, il provvedimento impugnato richiama per le spese generali l'ulteriore soglia del 10% al di sotto delle quali l'impresa è tenuta a dare giustificazioni in modo specifico e documentato sulle condizioni particolarmente favorevoli o sull'economicità del processo produttivo delle costruzioni o sulle soluzioni tecniche adottate che consentono alla stessa impresa di ridurre l'incidenza delle spese generali. Tale previsione è giustificata dall'impresa per le condizioni favorevoli dall'avere la propria sede operativa e amministrativa a Riva del Garda, a poche centinaia di metri dal cantiere. Va rilevato che la percentuale delle spese generali indicata dall'impresa nelle proprie analisi di prezzo corrisponde all'aliquota percentuale minima al di sotto della quale l'offerta non può ritenersi accettabile ai sensi degli atti posti a base di gara. Quanto all'utile d'impresa, la soglia minima del 5% indicata dall'impresa partecipante corrisponde alla percentuale indicata all'allegato V degli atti di gara quale indice di affidabilità dell'offerta e della sua idoneità a soddisfare l'interesse pubblico, a pena di esclusione dalla gara. Nella lettera d'invito è però indicata, quale ulteriore soglia quella dell'8% per utile d'impresa, al di sotto della quale l'offerente è tenuta a dare giustificazioni in merito alle condizioni particolarmente favorevoli. La stazione appaltante non accetta pertanto la giustificazione di cui alla lettera 12.03.2004, che la percentuale di utile d'impresa ridotta nella misura minima è stata valutata quale minore incidenza delle spese generali. Sempre ad avviso del R.U.P. le spese generali e l'utile d'impresa costituiscono due distinte autonome componenti da prendere in conto nell'analisi del prezzo: la previsione della ridotta incidenza delle spese generali non può in sé giustificare una riduzione dell'utile d'impresa e tantomeno una riduzione al 5% ossia al di sotto della soglia, pari all'8% per la quale il concorrente è tenuto a dare

giustificazioni in modo specifico e documentato in merito alle condizioni particolarmente favorevoli che consentano alla partecipante di ridurre l'incidenza dell'utile d'impresa.

Nel "quadro di sintesi delle principali carenze ed omissioni della documentazione prodotta dall'impresa DITTA ALFA ing. Giovanni a giustificazione della propria offerta", l'incidenza delle percentuali di spese generali e di utile d'impresa indicato dalla ricorrente è ritenuta tale da produrre non congruità dell'offerta in assenza di documentazione e di analisi dalle quali dedurre l'esistenza di economie di spesa onde riscontrare la riduzione di costi fissi e variabili in conseguenza della favorevole ubicazione del cantiere. Si richiama l'art. 25 D.M. n. 145/2000 che determina nel caso di sospensione illegittima delle opere l'indennizzo nella misura del 6,5% dei costi diretti senza onere di prova da parte dell'appaltatore e si assume tale percentuale come soglia minima di congruità dei costi generali. L'incongruità dell'utile d'impresa indicato dalla ditta De-biasi è sorretto dal richiamo all'art. 34, DPR 554/1999 sulla scorta del quale si afferma che il suo abbassamento al 5% determina un'incongrua incidenza delle componenti di costo relative a materiali, manodopera noli e trasporti.

5.2. Vanno condivisi i rilievi dell'appellante circa la possibilità della concorrente, per la sua favorevole collocazione logistica, di ridurre le spese generali variabili. Considerato che le spese generali variabili comprendono le spese per il personale ed i locali della sede, la gestione mano d'opera e di direzione tecnica di cantiere e esercizio delle attrezzature di cantiere, nulla osta sul piano logico che siano condizionate da situazioni specifiche delle singole imprese e concorrano a determinare il prezzo offerto in modo differenziato. Nella specie, la ricorrente afferma che la sede operativa e il magazzino delle attrezzature e macchinari si trovano a brevissima distanza dal luogo in cui dovevano essere eseguiti i lavori. Nella giurisprudenza della Sezione, il giudizio sulla congruità della consistenza delle spese generali costituisce espressione di lata discrezionalità tecnica, come tale insuscettibile di sindacato in assenza di profili di illogicità apprezzabili (Cons. Stato, V, 29 luglio 2003, n. 4330). La valutazione aprioristica dell'amministrazione può pertanto essere derogata nel caso concreto in base alle giustificazioni fornite dall'impresa concorrente (Cons. Stato, VI, 8 maggio 2001, n. 2569). Con riferimento all'utile d'impresa, la giurisprudenza di questo Consiglio ha ritenuto che non esiste una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua (Cons. Stato, VI, 8 marzo 2004, n. 1072) e che è l'impresa che in sede di verifica in contraddittorio con la stazione appaltante ha l'onere di chiarire le ragioni per cui i ribassi delle singole voci di prezzo sono giustificabili e non incidono negativamente sull'utile d'impresa (Cons. Stato, VI, 26 maggio 2003, n. 2896; IV, 17 aprile 2000, n. 2296). È perciò corretto il giudizio negativo in ordine alla remuneratività dell'offerta ove risultante dal raffronto tra il margine di guadagno indicato dall'impresa e la percentuale utile ritenuta normalmente soddisfacente nel settore imprenditoriale di riferimento solo se i chiarimenti forniti dall'impresa si rivelino irragionevoli sotto l'aspetto economico o in base a criteri di logica.

Diversamente da quanto assume l'amministrazione, non è irragionevole che, nel caso in esame, la vicinanza della sede amministrativa al luogo di esecuzione dell'appalto si rifletta sull'intero margine economico anche riguardo all'utile d'impresa. Non osta a tale conclusione che la Commissione di gara non abbia ritenuto giustificati dodici prezzi, per un importo complessivo stimato di € 76.000,00, considerato che in termini percentuali, tale importo rappresenta l'1,4% dell'offerta non in grado di incidere significativamente sull'utile d'impresa, ai fini della valutazione dell'incongruità.

6. L'appello deve essere accolto e va riformata la sentenza impugnata. Segue l'illegittimità dell'esclusione dell'appellante dall'aggiudicazione.

7. Va, a questo punto, esaminata la richiesta di risarcimento ribadita e specificata nella memoria del 26 aprile 2007, sotto l'aspetto del danno emergente per i costi sostenuti a seguito della partecipazione alla procedura di affidamento dell'appalto e sotto forma di perdita della chance legata alla impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico relativo all'esecuzione dei lavori e del lucro cessante, nella misura del 10% del valore dell'appalto per il documentato

mancato utilizzo delle maestranze e dei mezzi in altri appalti oltre alla rivalutazione monetaria e gli interessi nella misura legale.

7.1. La richiesta è fondata nei limiti di quanto si dirà.

7.2. Il mancato utile va liquidato nella misura di €289.214,11, pari al 5% dell'offerta indicata in € 5.714.282,13. Questa percentuale è stata indicata dall'impresa. E ciò in applicazione del criterio corrente in giurisprudenza che applica in via analogica l'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, circa la quantificazione del danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A..

7.3. Il danno emergente può essere liquidato in via equitativa nella misura del 2% del prezzo offerto dall'impresa De Biasi: la relativa voce comprende (a) le spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione (art. 2, comma 7, della direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992, 92/13/CEE) e (b) il pregiudizio per la perdita di chance legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori. La determinazione in misura equitativa è giustificata dalla vicinanza della sede dell'impresa a quella dei lavori.

7.4. Sulle somme liquidate deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta). Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione

8. In conclusione, in base alle considerazioni che precedono, l'appello va accolto per quanto di ragione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata deve essere annullato il provvedimento impugnato in primo grado e deve essere condannata la s.p.a. A.P.M. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità, al risarcimento dei danni subiti dalla s.r.l. Costruzioni DITTA ALFA, a causa della mancata aggiudicazione dei lavori de quibus, nella misura e secondo i criteri sopra indicati.

8.1. Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta:

- accoglie l'appello per quanto di ragione;
- riforma la sentenza impugnata e, per l'effetto annulla il provvedimento impugnato in primo grado;
- condanna la s.p.a. A.P.M. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità, al risarcimento dei danni subiti dalla s.r.l. Costruzioni DITTA ALFA, nella misura di cui in motivazione;
- condanna la s.p.a. A.P.M. - Alto Garda Parcheggi e Mobilità alle spese del doppio grado che liquida nella misura complessiva di €4.000,00 (quattromila), oltre Iva, spese generali e CAP.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 4 maggio 2007, con l'intervento dei Signori:

Sergio Santoro	Presidente
Cesare Lamberti rel. est	Consigliere
Claudio Marchitello	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
L'Estensore	Il Presidente
Cesare Lamberti	Sergio Santoro

Il Segretario

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 5/07/07

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

P. IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi