

N. 03805/2014REG.PROV.COLL.

N. 01948/2012 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1948 del 2012, proposto dalla società Imet s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con Cir Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesca Faccendini e Luigi Giuliano, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Principessa Clotilde n.2;

contro

Metropolitana Milanese s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi, Alberto Sciume' e Danilo Tassan Mazzocco, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti di

Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop p.a., Associazione Cooperativa Muratori & Affini Ravenna s.c.p.a., Bonciani s.p.a. Unipersonale, non costituiti;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Lombardia – Milano - Sezione I, n. 3160 del 14 dicembre 2011.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Metropolitana Milanese s.p.a.;

Viste le memorie difensive e di replica depositate dalla società appellante (in data 6 e 13 giugno 2014) e dalla società appellata (in data 6 e 12 giugno 2014);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia e Tassan Mazzocco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara indetta nel maggio del 2009 dalla società Metropolitana Milanese (in prosieguo società MM) concernente l'affidamento dei lavori di finitura della tratta Maciachini – Comasina della linea 3 della metropolitana di Milano culminata nell'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. fra le imprese Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop p.a., Associazione Cooperativa Muratori & Affini Ravenna s.c.p.a. e Bonciani s.p.a. Unipersonale (in prosieguo Consorzio) con un ribasso del 40,120%; al secondo posto si è classificata la società Imet s.p.a. (mandataria della costituenda a.t.i. con Cir Costruzioni s.p.a., in prosieguo ditta Imet), con un ribasso del 36,918%.

1.1. La ditta Imet ha impugnato gli atti di gara davanti al T.a.r. per la Lombardia articolando quattro autonomi motivi e, con successivo ricorso per motivi aggiunti, ha chiesto il subentro nel contratto e il risarcimento del danno.

1.2. Nel corso del giudizio di primo grado:

- a) è stata ordinata una verifica a cura del Provveditorato alle OO.PP. della Lombardia;
- b) a causa delle carenze della verifica è stata disposta c.t.u. (cfr. elaborato depositato in data 27 ottobre 2011);
- c) i lavori sono stati completati in anticipo rispetto ai tempi previsti, senza riserve e successivamente collaudati regolarmente.

2. L'impugnata sentenza – T.a.r. per la Lombardia – Milano - Sezione I, n. 3160 del 14 dicembre 2011:-

- a) ha accantonato le questioni preliminari sollevate dalla società MM;
- b) ha respinto il quarto motivo di ricorso incentrato sulla violazione dell'art. 38 codice dei contratti pubblici (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);
- c) ha respinto i restanti motivi incentrati sulla violazione delle regole concernenti la procedura di verifica di anomalia, il giudizio di congruità e la mancanza di qualificazione delle ditte sub appaltatrici;
- d) ha posto a carico della soccombente le spese di lite comprensive degli onorari liquidati in favore del verificatore e del consulente tecnico.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato la ditta Imet ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza sollevando anche doglianze in parte nuove.

4. Si è costituita la società MM eccependo l'infondatezza dell'appello in fatto e diritto.

5. Le parti hanno meglio illustrato le proprie difese con le memorie indicate in epigrafe.

6. All'udienza pubblica del 24 giugno 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello proposto dalla società Imet è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il Collegio rileva che:

a) è inammissibile l'introduzione, per la prima volta nel giudizio di appello, di doglianze ulteriori rispetto a quelle che, proposte con atti ritualmente notificati, hanno delimitato il perimetro del *thema decidendum vel probandum* in prime cure; non si può tener conto di tali profili nuovi perché sollevati in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., ed al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232; sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640; ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.); conseguentemente, per ragioni di comodità espositiva, prende in esame direttamente le doglianze poste a base dell'originario ricorso al T.a.r. nei limiti in cui sono state criticamente riproposte nell'atto di gravame (e quindi solo i primi tre motivi dell'originario ricorso di primo grado);

b) la c.t.u. disposta in primo grado - immune da vizi logici ed esauriente sui quesiti proposti – è stata rettammente intesa ed applicata dall'impugnata sentenza (come si dirà in prosieguo).

7.1. Con il primo motivo (pagine 11- 12 del ricorso di primo grado), la ditta Imet ha lamentato la violazione dei termini perentori per la produzione, in sede di verifica di anomalia, delle giustificazioni da parte dell'impresa aggiudicataria.

7.1.1. Il motivo è certamente infondato alla luce della normativa sancita dall'art. 88, codice dei contratti pubblici, come interpretata dalla giurisprudenza di questo Consiglio in coerenza con i principi del diritto europeo (cfr. fra le tante Cons. St., Sez. V, n. 6495 del 2010 cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.), che non stabilisce alcun termine perentorio; parimenti il bando di gara non ha previsto scansioni temporali, in materia di giustificazioni dell'offerta, presidiate dal crisma della perentorietà.

7.2. Con il secondo motivo (pagine 12 - 18 del ricorso di primo grado), si contesta l'intima contraddittorietà, l'illogicità e lo sviamento del giudizio di congruità elaborato dall'Ufficio Area Trasporti in quanto dichiaratamente basato su premesse fattuali ed istruttorie che, univocamente, avrebbero dovuto viceversa condurre all'esclusione dell'offerta aggiudicataria.

7.2.1. Il motivo è pacificamente inammissibile per le ragioni esposte al successivo punto 7.3.2.

7.3. Con il terzo motivo (pagine 18 – 29 del ricorso di primo grado), si critica il giudizio di non anomalia formulato dal seggio di gara in relazione all'offerta economica dell'aggiudicataria evidenziandosi la sua inattendibilità sotto varie angolazioni; in particolare si deduce che:

a) sono state violate le prescrizioni dettate dal bando a pena di esclusione relativamente alle modalità di presentazione delle giustificazioni ed alla compilazione delle allegate schede di analisi;

b) è completamente inattendibile il dato relativo all'impiego della manodopera e quello concernente le offerte dei fornitori del Consorzio aggiudicatario;

c) il Consorzio ha previsto il sub appalto per talune categorie di opere in favore di ditte prive dei requisiti di capacità, il che rende l'offerta di per sé non seria.

7.3.1. Il motivo è sia inammissibile che infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

7.3.2. Circa l'ambito del sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sul giudizio di non anomalia, il Collegio rinvia ai principi elaborati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenze nn. 7 e 8 del 2014 e 36 del 2012, successivamente Sez. V, n. 244 del 2014), secondo cui la valutazione di anomalia (e *a fortiori* quella di non anomalia) attiene a scelte rimesse alla stazione appaltante quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente, ed è pertanto sindacabile solo *ab externo*, nei limiti della abnormità, manifesta irragionevolezza e travisamento dei fatti presupposti (evenienze queste che non si configurano nel caso di specie dove, al contrario, si è avuta la prova empirica della serietà dell'offerta atteso che tutte le prestazioni contrattuali sono state realizzate senza contestazioni e nei termini pattuiti).

7.3.3. Nel merito si rileva, in una con la consolidata giurisprudenza (cfr. da ultimo la richiamata Sez. V, n. 2444 del 2014, nonché Sez. VI, n. 4676 del 2013; Sez. IV, n. 1633 del 2013; C.g.a. n. 250 del 2013; Sez. IV, n. 4206 del 2012, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10 c.p.a.), che:

a) il giudizio di verifica della congruità delle offerte ha natura globale e sintetica abbracciando l'offerta nel suo insieme, esso pertanto non ha ad oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze essendo finalizzato ad accertare se l'offerta sia seria e attendibile nel suo complesso restando irrilevanti, sotto tale angolazione, singole voci di scostamento da parametri ordinari (nella specie il dato maggiormente contestato è stato quello della sottostima del costo della mano d'opera che è stato però ritenuto congruo dal c.t.u., in termini monetari, e anomalo, in relazione al rapporto fra numero di ore lavorate e numero di addetti);

b) il mancato rispetto dei minimi tabellari sul costo del lavoro o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva non determina l'automatica esclusione dalla gara ma costituisce un indice di anomalia dell'offerta che va poi verificato mediante un giudizio complessivo di remuneratività ed affidabilità che consente all'impresa di fornire le proprie giustificazioni di merito;

c) solo un utile pari a zero o l'offerta in perdita rendono *ex se* inattendibile l'offerta economica (circostanze queste che non si sono verificate nel caso di specie);

d) in occasione della verifica in contraddittorio della congruità dell'offerta è consentito un limitato rimaneggiamento degli elementi costitutivi di quest'ultima purché l'originaria proposta contrattuale non venga modificata sostanzialmente ovvero

non venga alterata la sua logica complessiva (anche tali evenienze non si sono realizzate nel caso concreto);

e) la legge di gara non ha previsto modalità formali, presidiate dalla sanzione della esclusione, per la produzione delle giustificazioni in sede di offerta; inoltre, tutte le paventate irregolarità nella compilazione delle schede di analisi potevano essere superate dal concorrente, per espressa volontà del bando <<...*con analisi più dettagliate e con quant'altro ritenga opportuno fornire a giustificazione del ribasso offerto*>> (pagina 9 del bando); quanto all'inidoneità professionale di due ditte indicate quali sub appaltatrici, è sufficiente rilevare che: I) la previsione del sub appalto, nel caso di specie, incide sulla fase della esecuzione del contratto; II) la ditta Polaris non ha mai svolto attività di sub appaltatrice; III) la ditta Rainoldi ha prestato la propria attività nell'ambito di un'a.t.i. e dunque nei limiti delle proprie capacità; IV) in ogni caso, da un lato, il sub appalto è stato debitamente autorizzato in concreto dalla stazione appaltante, dall'altro, il Consorzio era munito di tutti i requisiti di capacità richiesti dal bando per poter eseguire direttamente le opere.

7.4. Dalla assodata legittimità della procedura di gara consegue il rigetto della domanda di annullamento e di quella risarcitoria formulata nel presupposto della lesione *contra ius* degli interessi legittimi incisi dal provvedimento impugnato.

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello proposto dalla ditta Imet.

9. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello proposto dalla società Imet s.p.a. e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

b) condanna la società ricorrente a rifondere in favore della società Metropolitana Milanese s.p.a., le spese e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 10.000,00 (diecimila), oltre accessori come per legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **17/07/2014**

IL SEGRETARIO

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