

N. 00277/2016REG.PROV.COLL.

N. 03858/2015 REG.RIC.

N. 07673/2015 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3858 del 2015, proposto da:
Kapsch Trafficom S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Luigino Montarsolo e
Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Sanino in Roma, viale
Parioli, 180;

contro

Comune di Bologna, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Montuoro, Giulia
Carestia e Giorgio Stella Richter, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Stella
Richter in Roma, via Orti della Farnesina, 126;

nei confronti di

Project Automation Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Francesca
Iurlaro, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via
Cicerone, 44;

sul ricorso numero di registro generale 7673 del 2015, proposto da: Kapsch Trafficom S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Luigino Montarsolo e Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Comune di Bologna, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Montuoro, Giulia Carestia e Giorgio Stella Richter, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Stella Richter in Roma, via Orti della Farnesina, 126;

nei confronti di

Project Automation Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Francesca Iurlaro, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina, 2;

per la riforma

quanto al ricorso n. 7673 del 2015:

della sentenza definitiva del TAR Emilia-Romagna - Bologna: Sezione I n. 00735/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento fornitura di sistemi omologati per il potenziamento del sistema di telecontrollo dei transiti alle corsie preferenziali e degli accessi alla zona a traffico limitato, della zona ad alta pedonalità e di alcune aree pedonali – Risarcimento danni;

quanto al ricorso n. 3858 del 2015:

della sentenza non definitiva del TAR Emilia-Romagna - Bologna: Sezione I n. 00328/2015, resa tra le parti, concernente il medesimo affidamento.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bologna e di Project Automation Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino, Giorgio Stella Richter e Giovanni Corbyons su delega dell'avvocato Alessandra Francesca Iurlaro;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, con la sentenza non definitiva 30 marzo 2015, n. 328, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento:

- del provvedimento del Comune di Bologna prot. n. 229804/2014 in data 8 agosto 2014, avente ad oggetto di “Aggiudicazione definitiva della fornitura di sistemi omologati per il potenziamento del sistema di telecontrollo dei transiti alle corsie preferenziali (RITA) e degli accessi alla zona a traffico limitato (SIRIO), della zona ad alta pedonalità e di alcune aree pedonali (ZAP), alla società Project Automation S.p.A. di Monza (MB) per l'importo complessivo di Euro 977.436,25”;
- della relazione conclusiva del RUP in data 22 luglio 14, prot. n. 213657, concernente il sub-procedimento per la verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria;
- dei verbali di gara della Commissione giudicatrice, compreso quello in data 29 maggio 2014 contenente le valutazioni e l'attribuzione dei punteggi;
- del bando di gara e del relativo Capitolato speciale d'appalto.

Per effetto di tale sentenza non definitiva ha annullato la relazione conclusiva, in data 22 luglio 2014, di esito positivo della verifica di congruità dell'offerta della società aggiudicataria, rinviando l'esame finale del ricorso di primo grado all'esito delle determinazioni che il Comune di Bologna avrebbe assunto nei termini di cui

in motivazione.

Con sentenza definitiva 4 agosto 2015, n. 735, il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, ha rigettato la domanda giudiziale di annullamento proposta con l'atto di "motivi aggiunti" depositato in primo grado in data 17 giugno 2015, rigettando anche le domande giudiziali di declaratoria dell'inefficacia del contratto e di condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento dei danni.

Il TAR ha rilevato sinteticamente, nella sentenza non definitiva, che:

- Il giudizio di anomalia postula una motivazione rigorosa ed analitica ove si concluda in senso sfavorevole all'offerente, mentre non si richiede una motivazione dettagliata nell'ipotesi di esito positivo della verifica, nel qual caso è sufficiente motivare per relationem con riferimento alle giustificazioni presentate dal concorrente, sempre che siano a loro volta adeguate;
- L'impiego di un sistema di telecontrollo dei transiti (K53700/CLASS) appare nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria a fini meramente informativi;
- Nelle procedure di gara con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la scelta operata dall'ente appaltante a proposito dei criteri di valutazione delle offerte, del peso da attribuire loro e dell'eventuale suddivisione in sub-criteri e sub-pesi è espressione dell'ampia discrezionalità che la legge ha attribuito all'Amministrazione nel caso di specie insindacabile;
- La circostanza che il giudizio della Commissione giudicatrice sia stato accompagnato da una motivazione articolata circa gli aspetti tecnici considerati, pur in assenza di preventive indicazioni circa la metodologia di attribuzione dei punteggi, soddisfa l'esigenza di rendere percepibile l'iter logico sotteso all'assegnazione dei vari punteggi e ne rende in tal modo possibile il sindacato di legittimità;
- La circostanza che si sia collegialmente proceduto ad una preventiva espressione

di motivate valutazioni circa i vari aspetti tecnici oggetto di esame e formulato anche un giudizio complessivo, prima che i commissari attribuissero individualmente i prescritti coefficienti numerici secondo il metodo di legge, non ha in concreto alterato il sistema di attribuzione dei punteggi prescelto;

- La mancata verbalizzazione della seduta in data 18 luglio 2014 di audizione dell'impresa ai sensi dell'art. 88, comma 4, d.lgs. n. 163-2006, non appare rilevante ai fini della motivazione del provvedimento;

- Quanto alla questione del costo del lavoro e della sua presunta indeterminatezza, va considerato che la nota di giustificazioni del 23 giugno 2014 è sufficientemente dimostrativa dell'idoneità di tale voce nel quadro della valutazione di congruità dell'offerta;

- I valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma solamente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sicché un eventuale scostamento, se in misura contenuta, non legittima ex se il giudizio di anomalia;

- Quanto al costo del "sistema di ripresa K53700/SA", le giustificazioni e precisazioni in proposito fornite dall'impresa non presentano i profili di indeterminatezza e contraddittorietà che la ricorrente ha denunciato;

- Né si ravvisano i profili di illegittimità denunciati dalla società ricorrente a proposito di una presunta rettifica, a posteriori, dei costi relativi ad alcune voci;

- E' infondata la doglianza con cui si censura l'omessa elaborazione dell'analisi prezzi per il "piano di qualità" e la dichiarata allocazione dei relativi costi tra le spese generali, atteso che le giustificazioni a tal fine fornite dalla ditta con nota del 7 luglio 2014 non appaiono manifestamente pretestuose o elusive;

- E' stata invece ritenuta fondata, tra quelle formulate con l'atto di "motivi aggiunti" depositato in data 3 dicembre 2014, la doglianza incentrata sull'indeterminatezza del costo del lavoro e sul conseguente difetto di istruttoria e

di motivazione, avendo l'Amministrazione concluso per la congruità dell'offerta dell'impresa aggiudicataria nonostante l'omessa verifica di cui all'art. 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, verifica che deve invece essere fatta ora per allora;

- Le restanti domande giudiziali, implicando che preventivamente si accerti, in esito alla parziale ripetizione del giudizio di anomalia, se l'offerta dell'aggiudicataria deve essere o meno qualificata anomala e se dunque se ne era legittimamente concluso in modo positivo la verifica di congruità, potranno essere esaminate solo dopo il compimento di tali operazioni.

Il TAR ha rilevato sinteticamente, nella successiva sentenza definitiva, che:

- La necessità di confrontare dati omogenei ha reso appropriato che l'importo finale della retribuzione dei dipendenti, preso evidentemente in esame quale parametro indicativo dell'esborso sostenuto in passato dalla ditta per le varie tipologie di figure professionali interessate dall'esecuzione dell'appalto, fosse riportato ad un valore "medio" tale da raffigurarne l'incidenza tendenziale sulle casse dell'impresa, negli stessi termini "forfettari" che è proprio delle tabelle ministeriali;

- La determinazione del costo del lavoro è a questi fini caratterizzata da un inevitabile margine di aleatorietà, in ragione di imprescindibili profili di incertezza nell'esplicarsi dei rapporti di lavoro, sicché il reale numero delle ore lavorate nei casi dei CUD 2013 (presi a base di riferimento per il conteggio complessivo) diviene di fatto irrilevante perché inidoneo ad anticipare in modo puntuale l'entità delle prestazioni lavorative future, mentre l'eventuale effettuazione in quelle fattispecie di ore di lavoro straordinario resta una mera ipotesi e se ne può dunque prescindere;

- Quanto alla denunciata genericità della quantificazione del costo orario indiretto in € 10,00 per ciascuna unità di personale e alla conseguente lamentata effettuazione di uno scorporo delle singole voci non adeguatamente motivato e

documentato, la determinazione del costo orario diretto è autonomamente supportata dal conteggio forfettario operato sulla base delle retribuzioni pregresse, non quindi per sottrazione dall'importo del costo orario indiretto.

L'appellante contestava la sentenza del TAR riproponendo, nella sostanza, le censure di primo grado disattese dal TAR e censurando le modalità di rinnovazione in parte qua della gara, così come disposte dal TAR con la sentenza non definitiva.

Con gli appelli riuniti in esame si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituivano l'Amministrazione appellata ed il controinteressato, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 24 novembre 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente deve essere disposta la riunione degli appelli in epigrafe indicati, sussistendo evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

2. Il Collegio rileva in punto di fatto che la vicenda oggetto del giudizio riguarda una procedura aperta, indetta dal Comune di Bologna, per l'affidamento della "fornitura inerente il potenziamento del sistema di telecontrollo dei transiti alle corsie preferenziali (RITA) e degli accessi alla zona a traffico limitato (SIRIO) della zona ad alta pedonalità e di alcune aree pedonali (ZAP)", con importo a base di gara pari a € 1.182.730,00 e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara veniva collocata alla prima posizione della graduatoria finale la società Project Automation S.p.A., con il punteggio totale di 100, e alla seconda posizione l'attuale appellante con il punteggio totale di 71,573.

Effettuata la verifica di congruità di cui all'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 163-2006, l'Amministrazione comunale aveva aggiudicato la fornitura alla società Project

Automation S.p.A. per l'importo complessivo di Euro 977.436,25 con provvedimento prot. n. 229804-2014 in data 8 agosto 2014.

In adempimento alla sentenza non definitiva del TAR, descritta nella parte in fatto, la difesa comunale, in data 14 maggio 2015, depositava in primo grado il fascicolo contenente gli atti relativi all'avvenuto rinnovo in parte qua del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e la conclusiva relazione di congruità dell'offerta stessa, relazione impugnata avanti al TAR con un secondo ricorso per motivi aggiunti notificato in data 8.6.2015 ed oggetto della successiva sentenza definitiva del TAR già descritta.

3. In merito al censurato iter processuale seguito dal TAR e sfociato nell'emanazione della citata sentenza non definitiva, in disparte la considerazione che si è adottato in primo grado un *modus procedendi* inconsueto, si deve rilevare l'infondatezza dei relativi motivi d'appello.

Infatti, la sola rinnovazione in parte qua del sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta, con valutazione ora per allora, costituisce statuizione applicativa del principio di conservazione degli atti giuridici, pacificamente applicabile anche al procedimento di gara.

Infatti, esso è stato assunto in coerenza con il principio sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 26 luglio 2012, n. 30, secondo cui anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura.

Parimenti, nel caso di specie, la rivalutazione dell'anomalia dell'offerta che, senza dubbio rappresenta un tratto procedimentale minore e una sub-fase del procedimento di gara, non può che essere effettuata dallo stesso organo dell'Amministrazione che ha effettuato la prima valutazione senza che ciò comporti, come nel caso della rivalutazione dell'intera offerta, una lesione dei

principi del giusto procedimento.

Inoltre, non si configura alcuna violazione né dei limiti della domanda di cui all'art. 34, comma 1, c.p.a., trattandosi della relazione di congruità impugnata dal ricorrente con motivi aggiunti e tantomeno dei principi costituzionali che governano il processo amministrativo.

Il TAR ha invece effettuato una corretta applicazione dell'art. 36, comma 2, c.p.a., espressamente richiamato dalla sentenza stessa, ai sensi del quale il giudice pronuncia sentenza non definitiva quando decide solo su alcune delle questioni oggetto del giudizio, anche se adotta provvedimenti istruttori per l'ulteriore trattazione della causa, come nella specie avvenuto; sia dell'art. 33, comma 1, c.p.a., ai sensi del quale il Giudice si pronuncia con sentenza anche quando definisce il giudizio solo in parte, come nella specie è avvenuto.

Nel caso in esame, in specifico, la sentenza non definitiva appellata ha motivato circa l'infondatezza di tutti i motivi di impugnazione dedotti con l'atto introduttivo e con i primi motivi aggiunti, compreso l'avvenuto rispetto dell'onere motivazionale relativo all'esito positivo della verifica di congruità.

Con riguardo a detti primi motivi aggiunti, riguardanti tutti la verifica di anomalia dell'offerta, il TAR, nella sentenza non definitiva, si è limitato a rilevare l'infondatezza della sola censura inerente il costo del lavoro, non essendo stato distinto il costo diretto da quello indiretto e non potendosi conseguentemente confrontare il primo con le relative tabelle ministeriali.

Pertanto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, c.p.a., il TAR ha legittimamente e correttamente subordinato la pronuncia sull'ulteriore domanda giudiziale di annullamento dell'aggiudicazione definitiva all'esito del rinnovato sub-procedimento di verifica dell'anomalia, oggetto del dictum giudiziale della sentenza non definitiva, sul quale la sentenza stessa si è esplicitamente riservata di svolgere il sindacato di legittimità ex post.

Il Comune, in ottemperanza all'ordine di rinnovo parziale del sub-procedimento di verifica dell'anomalia secondo le indicazioni impartite dal TAR stesso ha adottato il provvedimento conclusivo di congruità dell'offerta già presentata all'esito positivo del rinnovato giudizio di anomalia, in perfetta aderenza con i consolidati principi che reggono il rapporto tra Amministrazione e Giurisdizione Amministrativa.

4. Nel merito, deve essere preliminarmente ribadito che il TAR ha fatto corretta applicazione dei principi e delle regole che conferiscono legittimità alla valutazione di anomalia dell'offerta, segnatamente riferendosi al fatto:

- che l'eventuale scostamento, in misura contenuta, dai valori del costo del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali non legittima ex se il giudizio di anomalia e può comunque essere accettato se aliunde giustificato, fatta salva la retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva;

- che non è necessaria una rigorosa ed analitica motivazione laddove la verifica dell'anomalia si concluda con un giudizio positivo di congruità, come nella specie avvenuto.

Peraltro, l'esame globale delle giustificazioni presentate evidenzia senz'altro che l'ente appaltante ha acquisito tutta la documentazione (comprensiva anche di quanto era stato oggetto della seduta di audizione) posta alla base del giudizio finale di congruità, con conseguente irrilevanza dell'invocata formale verbalizzazione del contenuto dell'audizione che non costituisce ex se motivo di illegittimità del procedimento di verifica in esame.

Più in specifico, la parte dell'offerta dell'aggiudicataria consistente nella possibilità di rilevare il transito dei veicoli anche sulla base della lunghezza degli stessi, nonostante detta miglioria comportasse la realizzazione di spire sulla sede stradale che il capitolato espressamente esclude, non incide affatto sul giudizio di congruità, poiché non risulta in alcun modo che la Commissione abbia valutato detta

miglioria, limitandosi, nei verbali di gara a rilevarne meramente la presenza all'interno dell'offerta tecnica in esame, senza poi dar seguito ad alcuna valutazione sul punto, come peraltro prescritto dal Capitolato Speciale d'appalto.

5. Inoltre, occorre rilevare che non sussiste alcuna violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163-2006 poiché il bando di gara avrebbe previsto sub-criteri di valutazione senza indicarne il relativo fattore ponderale, atteso che l'art. 83, comma 4, del Codice Appalti stabilisce che "Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove possibile, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi".

Tale norma è, dunque, sulla base di un semplice rilievo letterale, ad applicazione meramente eventuale; nel caso di specie, invece, il bando ha rigorosamente stabilito, in applicazione del precedente comma 2 del predetto art. 83, i criteri di valutazione e, per ciascuno di essi, ha precisato la ponderazione esprimendola con valore numerico, in modo dunque compatibile con il tenore del disposto normativo.

Né può ritenersi difettosa la gara, come pretende l'appellante, per la mancata predeterminazione di adeguati criteri motivazionali, posto che detti criteri non sono in alcun modo previsti dalla legge, che stabilisce l'inderogabile necessità solo degli elementi di valutazione e dei relativi punteggi (e, in via eventuale, come detto, dei sub-criteri e sub-punteggi), che devono essere adeguati e sufficienti, ma che non necessitano di ulteriori specificazioni di tipo "motivazionale".

Invece, la presunta violazione, da parte della Commissione, della disciplina di gara con riferimento al metodo di attribuzione dei punteggi, dettagliatamente motivati, si presta in effetti a rilievi di criticità non di poco conto, poiché è certo che tramite la motivazione ex post non è possibile introdurre surrettiziamente ulteriori criteri di valutazione, mentre è certamente possibile spiegare in modo illustrativo delle ragioni dell'attribuzione di un punteggio entro un *range* predeterminato per ciascun criterio di valutazione.

Il Collegio ritiene che, nel caso di specie, pur evidenziandosi alcune equivocità dei termini utilizzati dalla Commissione in sede di motivazione, atteso che la stessa ha adottato una modalità procedimentale in cui è insita un'elevata rischiosità, non si travalichi il limite (rectius: il divieto) dell'integrazione ex post dei criteri di valutazione, con la conseguenza che il relativo giudizio resta indenne da censure in punto legittimità.

6. Passando all'esame più specifico dei motivi inerenti la verifica di congruità dell'offerta con riguardo all'indeterminatezza del costo del lavoro contenuto nell'offerta medesima, stante l'accorpamento indistinto dei relativi costi diretti con quelli indiretti, si deve rilevare che il TAR, nella sentenza non definitiva, ha soltanto - si ribadisce - evidenziato un difetto di istruttoria e (conseguentemente) di motivazione, vizio procedimentale ex se inidoneo a determinare un giudizio di anomalia se accompagnato, come nella specie, da una richiesta di un supplemento istruttorio.

E' evidente che, in un caso come quello di specie, il giudice legittimamente ha ritenuto che la prima valutazione dell'Amministrazione non evidenziasse nel modo tecnicamente corretto, funzionale a far comprendere al giudicante se la valutazione di anomalia fosse stata legittimamente effettuata o meno (è questo, infatti, il senso del cd. remand giudiziario), alcuni costi connessi all'offerta.

Successivamente alla rinnovata valutazione della commissione, sono stati chiariti tali punti inizialmente oscuri, con l'individuazione dei costi diretti medi già contenuti nell'offerta, ma in modo indistinto, che sono stati scorporati in base ad un'analisi approfondita e documentata, la cui metodologia è illustrata chiaramente, e che comprende l'esame dei profili retributivi delle singole professionalità presenti nell'organizzazione dell'azienda e da utilizzarsi nella esecuzione dell'appalto (con individuazione del dipendente tramite numero di matricola visibile), con l'identificazione precisa delle ore effettivamente lavorabili riferite a ciascuno dei

suddetti profili professionali.

Tale approfondito esame evidenzia, a parere del Collegio, la legittimità e la correttezza della relazione conclusiva di congruità 6 maggio 2015, n. 129918, sia nella parte inerente l'avvenuto rinnovo in parte qua del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, sia nella parte in cui conferma le valutazioni della verifica sugli altri aspetti a suo tempo effettuata, sia in particolare nella parte in cui conclude per l'esito positivo della verifica di congruità dell'offerta stessa.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, gli appelli riuniti devono essere respinti in quanto infondati.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, previamente riuniti, li respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2016

IL SEGRETARIO

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