

REPUBBLICA ITALIANA

N.3825/04 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9164 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

S E N T E N Z A

sul ricorso in appello n. 9164/2003, proposto dal Comune di Fermo, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Prof. Giovanni Ranci, elettivamente domiciliato in Roma, viale Mazzini n. 6, presso l'Avv. Elio Vitale.

CONTRO

s.r.l. Eco Elpidiense, con sede in Porto S.Elpidio, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, in qualità di impresa capogruppo dell'associazione temporanea di imprese (A.T.I.) costituita tra la s.r.l. Idropompe, con sede in Fermo (AP), rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Stecconi ed elettivamente domiciliato in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46/bis presso lo studio del dott. Gianmarco Grez.

e, nei confronti

della s.p.a. S.A.O. - Servizi Ambientali Orvieto - con sede in Orvieto, in persona del suo rappresentante legale pro-tempore, non costituita nel presente grado.

per la riforma

della sentenza 16 giugno 2003, n. 605 del TAR delle Marche, che ha accolto il ricorso avverso la determinazione assunta dal

Dirigente del Settore Ambiente del Comune di Fermo n. 48 del 19.2.2001, con cui è stata disposta in favore della controinteressata impresa S.A.O. l'aggiudicazione definitiva della licitazione privata indetta dal Comune per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione dell'impianto tecnologico di selezione e stabilizzazione di rifiuti urbani in località S.Biagio, a modifica di quanto in precedenza stabilito dalla Commissione di gara, che aveva provvisoriamente disposto l'aggiudicazione della stessa in favore del Raggruppamento di imprese ricorrente la cui offerta è stata, invece, ritenuta anomala dal Dirigente responsabile del procedimento, a seguito delle verifiche all'uopo compiute; di tutti gli atti antecedenti, susseguenti e comunque presupposti e connessi, ivi compreso il verbale di gara n. 1 del 29.12.2000.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.r.l. Eco Elpidiense;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 2 marzo 2004, relatore il Consigliere Lamberti e uditi, altresì, gli avvocati Ranci e Steconci come da verbale d'udienza.

FATTO

La s.r.l. Eco Elpidiense, società capogruppo dell'Associazione temporanea di imprese costituita con la s.r.l. Idropompe, ha

partecipato alla gara per l'appalto del servizio di gestione e manutenzione ordinaria dell'impianto tecnologico di selezione e stabilizzazione rifiuti urbani in località S.Biagio. L'offerta della ricorrente è risultata provvisoriamente aggiudicataria della gara con il maggior ribasso. In sede di riscontro dell'offerta, l'ATI ha fornito le giustificazioni e le precisazioni richieste dall'Amministrazione sugli elementi costitutivi dell'offerta tecnica ed economica presentata. All'esito di tale riscontro, l'offerta è stata qualificata anomala dal responsabile del procedimento, il quale ha pertanto aggiudicato definitivamente l'appalto in favore della controinteressata società S.A.O., la cui offerta è stata invece ritenuta affidabile sul piano tecnico ed economico.

Avverso il provvedimento dirigenziale è stato proposto ricorso per violazione dell'art. 25 del D.Lgs.17 marzo 1995, n. 157, nonché vizio di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, carenza dei presupposti, errore di fatto, contraddittorietà, mancata acquisizione e valutazione dei dati di fatto versati nel procedimento e carenza di motivazione. È stato, in particolare, dedotto che il giudizio di anomalia dell'offerta tecnica ed economica presentata dalla ricorrente non è frutto di un'accurata analisi delle giustificazioni fornite a comprova dell'attendibilità delle diverse componenti del prezzo offerto, ma si risolve nell'acritico recepimento delle valutazioni compiute da

una società di consulenza incaricata di vagliare le precisazioni delle offerte ritenute presuntivamente anomale. Tale indagine non ha comportato la verifica della congruità delle precisazioni fornite dal Raggruppamento ricorrente sulle singole voci dell'offerta, ma si è risolta in un semplice confronto tra i prezzi proposti dalle varie imprese concorrenti sottoposte a verifica di anomalia e il costo del servizio oggetto di appalto calcolato dalla stessa società di consulenza. Il sistema di valutazione così come operato è illogico, in quanto non ha tenuto conto delle caratteristiche delle imprese facenti parte del Raggruppamento ricorrente, del loro radicamento territoriale e del loro contemporaneo coinvolgimento nella gestione di servizi simili nelle vicinanze dell'impianto di S.Biagio che avrebbe permesso risparmi nell'impiego di personale amministrativo e tecnico, peraltro documentati in sede di giustificazioni, ma del tutto disattesi dall'organo di consulenza. Neppure sarebbe stato tenuto conto delle tecnologie introdotte dalle ditte ricorrenti per limitare gli oneri di trasporto dei sovvalli ed i conseguenti viaggi in discarica e, quindi, anche l'impiego di personale. Il giudizio di anomalia ed incongruità dell'offerta tecnica ed economica del raggruppamento ricorrente sarebbe immotivato poiché non dà conto delle ragioni di tali incongruità, limitandosi a desumerla apoditticamente dal riscontrato scostamento esistente tra il prezzo offerto, con riferimento al ribasso praticato rispetto all'importo a

base d'asta, e quello calcolato dalla società di consulenza come attendibile per garantire una corretta gestione del servizio oggetto di aggiudicazione. Ulteriore violazione dell'art. 25, D.Lgs. n. 157/1997 è la mancanza di contraddittorio con la ricorrente, aggiudicataria provvisoria della gara, in quanto il riscontro sarebbe stato effettuato contestualmente con le altre concorrenti, comparando le rispettive offerte in palese violazione del giusto procedimento. Avere demandato ad una società di consulenza la verifica dell'anomalia dell'offerta, riservata alla Commissione di gara e comunque agli organi dell'Ente, vizia l'intero procedimento. È stata avanzata domanda di condanna del Comune intimato al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'asserita illegittima mancata aggiudicazione dell'appalto in termini di lucro cessante e di danno emergente.

Il Comune di Fermo si è costituito in giudizio ed ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità del ricorso per mancata impugnazione tempestiva del verbale di aggiudicazione provvisoria della gara ed evidenziato un rilievo di inammissibilità in quanto l'atto introduttivo del giudizio non è stato notificato al Dirigente che ha adottato l'atto di aggiudicazione definitiva, la cui chiamata in causa si rendeva necessaria per l'ammissibilità del ricorso. Il Comune ha poi confutato le censure dedotte e ne ha chiesto il rigetto. Anche la

controinteressata società SAO si è costituita nel giudizio di primo grado, insistendo per la reiezione del ricorso.

Con la decisione in epigrafe, il Tar delle Marche, disattese del eccezioni pregiudiziali e preliminari di merito, ha accolto il ricorso sia per manifesta incongruenza nella valutazione dell'anomalia dell'offerta ad opera della società di consulenza all'uopo incaricata, sia per violazione dei precetti di continuità nell'azione amministrativa data l'esternalizzazione delle indagini di congruità dell'offerta non previste dal bando di gara. Il Tar ha infine accolto la domanda risarcitoria come in motivazione.

Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello il Comune di Fermo, con quattro distinte censure. Resiste all'appello la società Ecoelpidiense evidenziando l'inammissibilità dell'appello e la sua infondatezza nel merito.

DIRITTO

1. Delle eccezioni preliminari svolte in memoria dall'appellata s.r.l. Eco Elpidiense precede l'esame di quella riportata nel paragrafo 2) della memoria difensiva, d'inammissibilità dell'appello in quanto privo di motivi nei confronti della sentenza di primo grado nella parte in cui avrebbe anche accolto la censura di incompetenza nella valutazione dell'anomalia dell'offerta, fatta dal dirigente con l'ausilio di una consulente esterna, quale è la società BEA. La sentenza impugnata avrebbe, secondo quanto sostiene l'appellata, accolto anche tale censura, dichiarando

l'illegittimità della procedura, in quanto, diversamente dall'operato dell'amministrazione, competente alla valutazione dell'anomalia è solo ed esclusivamente la Commissione di gara, non il dirigente e tantomeno la consulente esterna. Sempre a dire dell'appellante, la conseguente formazione del giudicato sul punto comporterebbe l'inammissibilità dell'appello, essendo la statuizione contenuta nel capo di sentenza non impugnato autonomamente sufficiente a supportare la pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato in primo grado.

2. L'eccezione è fondata.

A pagg. 18-19, la sentenza impugnata recita testualmente: *“Alla luce di quanto precisato, illegittimo va considerato anche l'avvenuto coinvolgimento nell'attività di(o) verifica dell'anomalia di un organismo di consulenza esterno da parte del dirigente responsabile, poiché in tal modo si è consentito di derogare alle specifiche competenze tecnico-discrezionali della Commissione di gara, dal momento che nel bando della licitazione non era stato previsto che tale organo collegiale si sarebbe avvalso di apposita sottocommissione tecnica per la valutazione delle giustificazioni di attendibilità delle offerte presentate dalle imprese interessate. Donde, tenuto anche conto di quanto previsto dal bando di gara, non può essere messo in dubbio che con la nomina della Commissione, composta da esperti della materia, l'Amministrazione aveva inteso affidare*

alla stessa tutte le competenze in ordine all'apprezzamento delle offerte dei concorrenti, salva la possibilità di avvalersi della consulenza degli uffici comunali che avevano predisposto il contratto di appalto, per l'eventuale approfondimento delle tematiche relative, il che escludeva tuttavia il coinvolgimento di organismi di consulenza estranei all'apparato amministrativo dell'Ente appaltante, in quanto non previsto dal bando di gara".

Siffatta statuizione risolve una questione avente una propria individualità ed autonomia: nel ricorso di primo grado la circostanza che la valutazione del Comune si fosse completamente riportata a quanto relazionato dalla ditta B.E.A. è oggetto di autonoma censura di violazione dell'art. 25, D.Lgs. n. 157/1995: la ricorrente evidenzia al proposito che tale procedura è anomala e comunque non prevista dall'art. 25 (né dal bando di gara), il quale individua nell'Amministrazione il soggetto competente ad esaminare e valutare l'offerta presentata dalla ditta e la sua eventuale anomalia nonché le giustificazioni dalla stessa presentate. La statuizione costituisce a buon diritto capo autonomo rispetto agli altri di cui consta la sentenza e forma oggetto di giudicato (anche interno) perché suscettibile di conservare efficacia precettiva anche se gli altri capi della sentenza vengono meno (Cass., III, 1 ottobre 1997, n. 9568; Cass., sez. lav., 18 gennaio 1999, n. 431).

Non è perciò corretto sostenere -come fa il Comune di Fermo a pagg. 4-5 dell'appello- che del primo e secondo motivo del ricorso introduttivo accolti, il Tar avrebbe espresso adesione alla sola doglianza di quest'ultimo sul contestuale riscontro degli elementi giustificativi, senza accogliere l'altro rilievo circa l'anomalo ricorso a società di consulenza legata da tempo a convenzione con il Comune. Va perciò condivisa l'accezione dell'appellata s.r.l. Eco Elpidiense circa la formazione del giudicato parziale per acquiescenza ai sensi dell'art. 329, 2° comma, c.p.c. con i riflessi che conseguono sull'inammissibilità degli ulteriori motivi d'appello, atteso che il capo autonomo della sentenza di cui è stata omessa l'impugnativa sorregge da solo l'intero *decisum* in tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta (Cons. Stato, IV, 14 maggio 2001, n. 2660) ritenuta illegittima dalla sentenza perché operata della consulente, società B.E.A. e non della Commissione di gara.

3. E invero, il primo dei motivi di appello (di violazione e falsa applicazione di principi e norme in tema di offerte anomale nonché difetto di rappresentazione, d'istruttoria e di motivazione) fa integrale riferimento alla relazione B.E.A., di cui si assume l'erronea lettura da parte del Tar delle Marche, contestando, in particolare che il bando non avrebbe lasciato libera la concorrente circa il contingente di personale di cui avvalersi e che il raffronto dei costi sarebbe stato fatto fra quello

complessivo elaborato dalla società di consulenza e quello elaborato dai concorrenti. Ferma restando la sua inammissibilità, la censura è anche infondata: a fronte delle puntuali statuizioni della sentenza circa la necessità dell'analisi delle esaustive giustificazioni fornite dalla s.r.l. Eco Elpidiense quanto ai prezzi per tonnellata di rifiuti smaltiti e quanto ai costi nella manodopera (necessità rimasta inosservata nella relazione della società B.E.A.), il comune richiama le prescrizioni del capitolato generale di cui al D.M. n. 145/2000 ed il C.C.N.L. per gli operatori ecologici "Ausitra", affermandone la sostanziale violazione al pari del "manuale di gestione dell'impianto" anch'esso asseritamente inosservato. La censura con coglie però nel segno, avendo la sentenza diffusamente dimostrato come in sede di esame dell'anomalia non fosse stata efficacemente contraddetta la possibilità della s.r.l. Eco Elpidiense di operare con un diverso organico e con diverso utilizzo del personale. Del pari inefficace è la confutazione (ancora contenuta nel primo motivo) dell'ulteriore capo della decisione, laddove afferma l'apoditticità del riscontro operato fra il costo complessivo del servizio ipotizzato dalla società ed i costi elaborati dalle imprese concorrenti, anziché considerare le concrete condizioni in cui la ricorrente si sarebbe trovata ad operare e le economie che ne conseguivano, come sarebbe stato doveroso in presenza dell'accurata ricostruzione dei costi che la sentenza contiene.

4. Oltre che inammissibili per le suesposte ragioni, sono anche infondati il secondo e il terzo motivo, dove l'appellante continua a sostenere la correttezza in astratto del modello di esame adottato dalla società, sorreggendolo sulla discrezionalità dell'amministrazione di elaborare criteri razionali per valutare l'economicità dei prezzi, invece di contraddire all'evidente insufficienza -sia nei risultati che nella metodologia- di quello seguito dalla società di consulenza, insufficienza ampiamente evidenziata dalla decisione. Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi quanto alle censure appuntate nel quarto motivo di ricorso avverso il risarcimento del danno, ove il Tar ha determinato l'entità dell'indennizzo al dieci per cento dei lavori non eseguiti, come indicato di sede di presentazione delle giustificazioni di attendibilità dell'offerta, liquidando gli interessi e la rivalutazione monetaria come d'uopo in materia di comportamenti *contra legem* della p.a..

5. L'appello deve essere conclusivamente dichiarato inammissibile, con conferma della sentenza impugnata. Le spese del presente grado di giudizio possono compensarsi per giusti motivi nei confronti delle parti della causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, dichiara inammissibile l'appello e compensa le spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 2 marzo 2004 con l'intervento dei Sigg.ri:

Raffaele Iannotta	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere est.
Aldo Fera	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere

L'ESTENSORE

f.to Cesare Lamberti

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14 giugno 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale