



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3085 del 2010, proposto da:
Impresa Comeba di Bagala' Francesco, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Francesco Lilli ed Erika Braidò, con domicilio eletto presso Francesco Lilli in
Roma, via di Val Fiorita, 90;

contro

Anas Spa, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12; Anas Spa - Ufficio per l'Autostrada
Sa-RC;

nei confronti di

Impresa Fioretti Fiorello, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Biscetti, con
domicilio eletto presso Erasmo Colaruotolo in Roma, via Andrea Ferrara, 12;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. UCS-0006465-I del 22 febbraio 2010 con il quale
l'ANAS, Ufficio per l'Autostrada SA-RC, ha disposto l'aggiudicazione definitiva
della gara n.32-2009 in favore dell'Impresa Fiorello Fioretti;

- del verbale "SECONDA SEDUTA RISERVATA" del 16 dicembre 2009, con il quale la Commissione per la verifica dell'anomalia delle offerte, pur rilevando che “nella busta C presentata dall'impresa Fiorello Fioretti non sono stati rinvenuti i documenti richiesti nel disciplinare di gara in merito ai punti dal C3 al C6...”, ha ritenuto di invitare l'impresa Fioretti ad integrare la documentazione mediante la produzione delle relazioni e delle analisi/sottoanalisi richieste nel bando di gara e non presenti nella busta “C”;
- di ogni altro atto presupposto, prodromico, consequenziale e, comunque connesso a quelli impugnati, ivi compresi gli ulteriori verbali della Commissione per la verifica dell'anomalia delle offerte e della Commissione di gara, la stipula del contratto e la consegna dei lavori, ove già disposti e/o in corso di adozione da parte della S.A..
- nonché per il risarcimento dei danni patiti e patendi in conseguenza dell'adozione dei provvedimenti tutti impugnati, oltre interessi e rivalutazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Impresa Fioretti Fiorello;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1875/29.4.2010, confermata in appello, di accoglimento dell'istanza cautelare e sospensione dell'aggiudicazione;

Vista l'ordinanza istruttoria n. 1238 del 12.8.2010 e gli atti e documenti conseguentemente depositati dalla P.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2010 il dott. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara prot. n. 22092 del 5.6.2009 l'ANAS spa, Ufficio per l'Autostrada SA-RC, ha indetto un pubblico incanto, mediante procedura aperta, per l'affidamento dei "Lavori di manutenzione straordinaria delle pendici a valle e a monte dell'autostrada tra il km 259+000 e il km 286+000, mediante il ripristino delle opere di regimazione idraulica, la bonifica e il rafforzamento corticale", per l'importo complessivo di euro 2.000.000,00 di cui 60.000,00 quali oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

A seguito di richiesta di chiarimenti e di integrazione della documentazione giustificativa dell'offerta economica prodotta in sede di partecipazione, ed a seguito altresì della valutazione di anomalia, la gara, con il ribasso del 52,068%, è stata definitivamente aggiudicata all'impresa Fiorello Fioretti, giusta determinazione Anas del 22.2.2010.

Avverso tale provvedimento e gli atti presupposti e consequenziali specificati in epigrafe, ivi compresi i verbali della Commissione di gara, il contratto e la consegna dei lavori, è insorta l'impresa CO.ME.BA. (seconda migliore offerente con il ribasso del 48,69%) dinanzi a questo TAR, con ricorso notificato il 29.3.2010 e depositato l'8.4.2010, denunciando, con un solo articolato motivo di impugnativa, violazione e falsa applicazione della lex specialis, violazione dei principi di parità di trattamento, di buon andamento, di regolarità e trasparenza dell'azione amministrativa, eccesso di potere, illogicità e ingiustizia manifesta, sviamento, perplessità.

Al riguardo la ricorrente ha sostenuto, in estrema sintesi, che la documentazione presentata in sede di gara dalla controinteressata a giustificazione della propria offerta era incompleta e pertanto, essendo la stessa prevista a pena di esclusione dal disciplinare di gara, l'impresa Fiorello Fioretti avrebbe dovuto essere esclusa, mentre l'Amministrazione, in violazione della lex specialis, ha invitato la ripetuta

impresa ad integrare la documentazione giustificativa prodotta, aggiudicandole poi la gara al termine del sub procedimento di verifica dell'anomalia.

L'impugnativa dell'aggiudicazione è fondata e dev'essere accolta, in base alle seguenti considerazioni.

Il disciplinare di gara nel caso di specie prevedeva, al paragrafo 10, che nella busta C, riguardante i giustificativi dell'offerta economica da produrre anticipatamente già in sede di partecipazione alla gara, dovevano essere contenuti determinati documenti, a pena di esclusione, tra i quali, gli schemi di analisi dei prezzi e la relativa documentazione occorrente per la verifica, la tabella giustificativa delle spese generali, la relazione generale esplicativa dell'offerta e di motivazione del ribasso.

Lo stesso paragrafo 10, al punto C), riguardante i "Criteri a base del procedimento di anomalia" prevedeva poi, nei punti dal C.3. al C.6., che ulteriore documentazione doveva essere inserita nella busta "C – Giustificazioni" (tra i quali, il "registro dei beni ammortizzabili", le sottoanalisi, le analisi costo trasporti, la tabella giustificativa della produttività, lo schema di analisi delle spese generali).

Il medesimo punto 10, secondo periodo, stabiliva espressamente, al riguardo, che la domanda, le dichiarazioni e i documenti di cui ai punti dall'1 al 10 compreso, "a pena di esclusione devono contenere quanto previsto nei predetti punti". Il punto C.5. chiariva ulteriormente, per la "produttività", che la relazione giustificativa di "produttività superiori" doveva risultare inserita in busta "C-Giustificazioni", a pena di inammissibilità.

Tale essendo il preciso disposto della lex specialis, si è verificato invece che l'impresa Fiorello Fioretti, come è stato rilevato dalla stessa Commissione di gara nella seduta del 16.12.2009, non ha inserito nella busta "C", numerosi documenti richiesti dal disciplinare di gara e dai relativi paragrafi dal C.3. al C.6., tra i quali, ad esempio, la relazione esplicativa dell'offerta, il registro dei beni ammortizzabili, la

relazione giustificativa della produttività, la tabella giustificativa e lo schema di analisi delle spese generali.

Trattandosi di documentazione richiesta a pena di esclusione, appare evidente al Collegio che l'Amministrazione, consentendo ed anzi espressamente richiedendo l'integrazione della documentazione giustificativa che invece avrebbe dovuto essere prodotta già a corredo dell'offerta, ha illegittimamente disapplicato il disciplinare di gara, dato che alla stregua dello stesso l'impresa Fiorello Fioretti, risultata poi aggiudicataria, doveva essere invece senz'altro esclusa dalla gara.

L'amministrazione, d'altra parte, come correttamente sottolineato dalla ricorrente, aveva addirittura precisato, con nota del 18.8.2009, in sede di chiarimenti esplicativi delle regole di gara, che la documentazione giustificativa di cui alla busta "C" a corredo dell'offerta doveva "essere completa sin dalla sua presentazione". La possibilità quindi, cui fa altresì riferimento detta nota, di eventuali integrazioni e chiarimenti in sede di contraddittorio durante la fase di verifica dell'anomalia, si riferiva soltanto, come precisato anche dallo stesso disciplinare di gara (pag. 17 par. B), a "giustificazioni in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta". In altre parole, ferma restando la clausola, fissata a pena di esclusione, relativa alla documentazione da inserire in busta "C", era al più consentito al concorrente di integrare ulteriormente la documentazione minima giustificativa obbligatoria già comunque ritualmente e tempestivamente presentata a corredo dell'offerta.

Come è emerso poi dalla istruttoria esperita dal Tribunale, la documentazione inserita in busta "C" dalla controinteressata era ampiamente incompleta e lacunosa, e nemmeno era stata prodotta, come invece sostenuto dall'impresa stessa in sede difensiva, l'asserita relazione giustificativa di carattere generale datata 28.8.2009. In proposito, del resto, i verbali di gara attestano inconfutabilmente quale fosse la documentazione inserita in busta C dall'impresa Fioretti e quali fossero per converso i documenti mancanti. L'istruttoria ha confermato le

risultanze dei verbali evidenziando altresì che i documenti giustificativi omessi sono stati prodotti e/o formati soltanto a posteriori, il 29.12.2009, a seguito della richiesta della stazione appaltante.

L'impresa Fioretti, che doveva essere esclusa dalla gara, è risultata pertanto illegittimamente aggiudicataria.

Il quadro normativo di riferimento, del resto, cui nella specie è ispirato il disciplinare, è costituito dal d.lgs. n. 163/2006 (in particolare art. 86 comma 5 e 87 comma 2), nel testo in vigore all'epoca della gara, anteriormente quindi al d.l. 1 luglio 2009 n. 78, che ha tra l'altro abrogato il citato art. 86, comma 5 (cfr. comma 1, lett. b, dell'art. 4 quater aggiunto in sede di conversione del d.l. n. 78/2009).

In conformità a tali disposizioni di legge, le regole della gara sono dettate dalla *lex specialis*. Al riguardo, la clausola di richiesta di giustificazioni preventive, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel codice degli appalti, non si pone, per quel che qui rileva, in contrasto con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria (Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2009 n. 1348).

In particolare, l'art. 86, comma 5, del codice degli appalti, nella formulazione vigente al momento del bando di gara, prevede la presentazione da parte delle imprese di giustificazioni sin dalla formulazione dell'offerta e l'elenco della documentazione che può essere richiesta, contenuto nel successivo art. 87 comma 2, è fatto solo "a titolo esemplificativo".

Ciò significa che le Amministrazioni restano libere di stabilire altra documentazione da richiedere, a pena di esclusione, a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta.

Come rilevato dalla giurisprudenza, la presentazione preventiva di giustificazioni risponde a finalità di semplificazione ed accelerazione della procedura di gara essendo garanzia di serietà della offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo *ex post* anziché essere realmente esistenti al

momento della formulazione della offerta (cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 399/2006).

La ragionevolezza della prescrizione risiede nel fatto che solo l'offerente che abbia esposto con completezza i costi delle singole voci che compongono la lavorazione dimostra di avere la piena consapevolezza dell'impegno che assume presentando l'offerta.

Né le giustificazioni delle offerte possono consistere nelle semplici indicazioni dei prezzi rappresentando invece una elaborazione concettuale da documentare debitamente riferita alle singole voci di spesa.

D'altro canto, va ancora ribadito, la clausola di esclusione, una volta entrata a far parte della *lex specialis*, non può essere disapplicata, con l'effetto che sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di escludere dalla procedura di gara l'impresa che non l'abbia rispettata (cfr. CdS, V, 16.3.2010, n. 1530).

Inoltre, è vero che, nella normativa qui applicabile, le giustificazioni a corredo della offerta hanno natura diversa da quelle previste in sede di verifica della anomalia, ma è altrettanto vero che ciò non giustifica la violazione della norma della *lex specialis*, con la presentazione di giustificazioni iniziali gravemente carenti e la mancata ottemperanza dell'obbligo di conseguente vincolata esclusione dalla gara (in termini vedi anche CdS, V, 2.10.2009, n. 6006; VI, 2.4.2010, n. 1893; V, 8.2010, n. 6518).

In accoglimento dell'impugnativa azionata (e non rilevando in contrario eventuali carenze -cui fa cenno l'Amministrazione in sede difensiva- delle stesse giustificazioni preventive presentate dalla ricorrente, dato che tali carenze, peraltro tutte da provare, non sono state rilevate dall'Amministrazione in sede procedimentale e non sono state fatte valere a mezzo di ricorso incidentale) l'aggiudicazione in contestazione va quindi annullata.

Restano a questo punto da esaminare i profili di ricorso relativi alla sorte del contratto (oggetto anch'esso dell'impugnativa nell'atto introduttivo) ed agli aspetti reintegratori e risarcitori.

L'art. 133 del Cod. Giust. Amm.va di cui al D.Lgs. n. 104 del 2.7.2010, replicando l'art. 244 del D.Lgs. 163/2006 nel testo aggiunto dall'art. 8 del D.Lgs. n. 53/2010, ha esteso la giurisdizione esclusiva del G.A. “alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.

Le ipotesi in cui il giudice “che annulla l'aggiudicazione definitiva” dichiara (o stabilisce se dichiarare) l'inefficacia del contratto sono stabilite dall'art. 121 (“nei casi di gravi violazioni”) e dall'art. 122 (“negli altri casi”) del D.Lgs. n. 104/10 (si tratta anche in questo caso di disposizioni pressoché identiche a quelle del D.Lgs. n. 54/10 di attuazione della direttiva ricorsi).

Infine, l'art. 124 comma primo del Cod. del processo amm.vo stabilisce che “l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122” e che “se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”.

Tale essendo il quadro normativo di riferimento, va rilevato:

- 1)che con ordinanza di questo Tribunale n. 3085 del 29.4.2010, confermata con ordinanza n. 3208 del 14.7.2010 della IV Sez del CdS, è stata accolta l'istanza cautelare e per l'effetto è stata sospesa “l'impugnata aggiudicazione”;
- 2)che il contratto è stato peraltro stipulato il 15.4.2010 e nella sua perdurante efficacia i lavori sono stati in gran parte eseguiti, essendo stati sospesi soltanto dal 29.7.2010 (come risulta da nota ANAS n. 43125 del 7.12.2010);
- 3)che alla stessa udienza del 15.12.2010 di trattazione della causa gli avvocati delle parti ricorrente e controinteressata hanno concordemente affermato che i lavori

sono stati eseguiti, dall'impresa Fioretti, per oltre l'80% del loro importo economico, e dunque la difesa della ricorrente ha oralmente ribadito la richiesta, già azionata negli scritti processuali, di risarcimento per equivalente;

4) che in presenza di tale complessiva situazione ritiene il Collegio, facendo applicazione dell'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010 (il quale demanda al giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva di stabilire altresì se dichiarare o meno inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto stesso), che nella specie il contratto, essendo stato ormai in gran parte eseguito, non debba essere dichiarato inefficace, poiché una sua declaratoria di inefficacia, anche limitatamente alla parte dei lavori che restano da eseguire, non risponderebbe più non solo all'interesse dell'Amministrazione ma a quello stesso dell'impresa ricorrente (che infatti ha chiesto, sebbene in via graduata, il risarcimento per equivalente);

5) che ai fini del risarcimento stesso la palese violazione da parte dell'Amministrazione di chiare disposizioni della lex specialis concretizzano la sussistenza della colpevolezza dell'Amministrazione stessa nella causazione dell'evento lesivo;

6) che il comportamento dell'Amministrazione ha determinato la lesione della chance dell'impresa ricorrente di ottenere l'aggiudicazione e che tale possibilità per l'impresa stessa era altamente probabile, trattandosi della migliore seconda offerta (dopo quella dell'aggiudicataria) presentata in gara;

7) che non può essere peraltro accolta la domanda risarcitoria riferita alla refusione delle spese di partecipazione alla gara. La giurisprudenza è costante invero nel ritenere che le spese di partecipazione alla gara non spettino nel caso di domanda di risarcimento danni per mancata aggiudicazione. La ricorrente avrebbe, infatti,

sostenuto tali spese anche in caso di aggiudicazione. Nel caso in cui una impresa lamenti la mancata aggiudicazione di un appalto, non può reclamare il risarcimento del pregiudizio risentito per effetto dell'atto impugnato con riferimento ai sostenuti costi di partecipazione alla gara in quanto la partecipazione ad una gara di appalto implica dei costi che, ordinariamente, restano a carico dei soggetti che abbiano inteso prendere parte alla procedura di selezione, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; tali costi di partecipazione acquisiscono connotazione di danno emergente risarcibile solo qualora un'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 23 marzo 2010 , n. 4555; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751).) Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Consiglio Stato , sez. VI, 21 maggio 2009 , n. 3144);

8)che il lucro cessante da perdita della possibilità di aggiudicazione va nella specie riconosciuto ed prima approssimazione parametrato (in conformità alla decisione del CdS Sezione V 22 febbraio 2010 n. 1038), alla minor somma tra l'utile dichiarato dall'impresa all'atto della presentazione dell'offerta (o desumibile dal tenore complessivo di essa) e la percentuale del 10% dell'importo complessivo della base d'asta come ribassato dall'offerta della ricorrente. In considerazione poi del fatto che l'offerta della ricorrente sarebbe stata comunque da sottoporre a valutazione di anomalia, la somma risultante da quanto sopra va decurtata del 10%;

9)che va altresì riconosciuto alla ricorrente il danno da mancata qualificazione. Tale danno deve essere riconosciuto, in relazione alla circostanza che la partecipazione

all'appalto comporta ulteriori acquisizioni professionali non solo in generale, ma anche con riguardo allo specifico sistema di qualificazione che vige per gli appalti pubblici. Il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico, anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante, è fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. Deve ritenersi risarcibile il c.d. "danno curriculare", che consiste nel pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del "curriculum" professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione (Consiglio Stato, sez. VI, 09 giugno 2008, n. 2751; n° 3144 del 2009).

Tale danno in via equitativa (e tenuto conto delle concrete connotazioni già sopra rilevate dell'offerta della ricorrente) deve essere commisurato ad una percentuale pari al venti per cento del danno da mancata perdita di possibilità di aggiudicazione come sopra indicato sub 8);

10) che la somma complessiva dovuta a titolo risarcitorio, trattandosi di debito di valore, va incrementata con la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della presente sentenza (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta). Spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data di pubblicazione della presente sentenza fino al soddisfo effettivo (Cons. Stato, Sez. VI, n. 3144/2009).

La somma dovuta a titolo di risarcimento del danno per equivalente, secondo i criteri sopra indicati, dovrà essere liquidata dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 34, comma 4, del d.lgs. 2.7.2010 n. 104, entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione o notificazione, ove anteriore, della presente sentenza.

Conclusivamente il ricorso va accolto nei limiti risultanti dalle esposte considerazioni, con annullamento dell'impugnata aggiudicazione e con riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, come sopra precisato.

Le spese, sussistendone i presupposti, in considerazione della particolarità e complessità delle questioni trattate, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, III, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie a termini e nei limiti sopra specificati, e per l'effetto annulla l'aggiudicazione e condanna l'Amministrazione a risarcire i danni, come da motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Lundini, Presidente FF, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2011

IL SEGRETARIO

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

