

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia Sezione giurisdizionale 27/11/2013 n. 901

Sopralluogo – Legittima la delega della mandataria alla mandante – Dichiarazione di sopralluogo e verbale di sopralluogo

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 64 del 2013, proposto da:

Società Ergo Meccanica S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.

contro

Ass.to Reg. le Attività Produttive, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata in Palermo, via De Gasperi n. 81;

nei confronti di

Cimolai S.p.A. e Metalmeccanica Agrigentina S.r.l., rappresentate e difese dall'avv

per la riforma

della sentenza del TAR PALERMO : Sezione III n. 02656/2012, resa tra le parti, concernente appalto lavori ristrutturazione bacino di carenaggio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 20 giugno 2013 il Cons. Antonino Anastasi e uditi per le parti gli avvocati....;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Assessorato regionale per le attività produttive ha bandito una gara per l'aggiudicazione, col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di ristrutturazione del bacino di carenaggio da 19.000 tonnellate sito nel porto di Palermo.

All'esito della selezione è risultata aggiudicataria l'ATI costituenda tra la Cimolai S.p.A. e la Metalmeccanica Agrigentina S.r.l., mentre la Ergo Meccanica s.p.a. si è classificata al secondo posto della graduatoria.

La Ergo Meccanica ha impugnato con ricorso al TAR Palermo l'aggiudicazione, sostenendo che la controinteressata ATI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la mandataria Cimolai – nonostante quanto da essa dichiarato – non aveva svolto il sopralluogo sul sito dell'appalto così violando quanto prescritto a pena di esclusione dal disciplinare.

In secondo luogo la ricorrente ha dedotto che l'offerta dell'aggiudicataria non poteva essere legittimamente presa in considerazione in quanto assoggetta a ribasso anche le spese per la redazione del progetto esecutivo, invece incompressibili ai sensi del bando.

Infine la ricorrente ha lamentato la mancata sottoposizione dell'offerta stessa alla verifica dell'anomalia, necessaria attesa l'incongruità palese del prezzo offerto.

Si è costituita in resistenza l'Amministrazione regionale.

Si è altresì costituita la controinteressata, la quale ha proposto ricorso incidentale escludente.

Con la sentenza in epigrafe indicata l'adito Tribunale ha respinto il ricorso principale, dichiarando per conseguenza improcedibile il ricorso incidentale.

La sentenza è stata impugnata con l'atto di appello oggi all'esame dalla soccombente la quale ne ha chiesto l'integrale riforma previa sospensione dell'esecutività, riproponendo le doglianze infruttuosamente versate nel giudizio di prime cure e domandando il risarcimento dei danni ingiustamente patiti.

Si è costituita l'Amministrazione regionale la quale domanda il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza gravata.

Si è costituita per resistere alla avversa impugnazione l'ATI aggiudicataria, la quale ha riproposto le censure incidentali dichiarate improcedibili dal primo Giudice.

In sintesi l'appellante incidentale lamenta la violazione da parte di Ergo Meccanica dell'art. 90 codice appalti, per mancata costituzione di ATI tra le due società di professionisti cui Ergo ha affidato la progettazione dei lavori.

Inoltre Ergo Meccanica non avrebbe rispettato le norme che impongono la presenza, nell'ambito dei raggruppamenti deputati alla progettazione, del c.d. giovane professionista.

Con ord.za n. 73 del 2013 questo Consiglio ha accolto l'istanza cautelare ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito.

Le Parti hanno depositato memorie, insistendo nelle già rappresentate conclusioni.

In particolare l'appellante principale ha contestato l'ammissibilità del ricorso incidentale di primo grado, in quanto l'ATI ha notificato il predetto gravame all'Assessorato nella sede reale, pur risultando l'Ente pubblico già costituito in giudizio col patrocinio dell'Avvocatura erariale.

All'udienza pubblica del 20 giugno 2013 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'appello non è fondato e va pertanto respinto, con integrale conferma della sentenza gravata.

Con il primo e articolato motivo di impugnazione l'appellante deduce che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione in quanto la mandataria Cimolai, pur avendolo falsamente dichiarato, non ha in realtà preso preventiva visione del bacino di carenaggio da ristrutturare, come invece imposto a pena di esclusione dal disciplinare.

Il mezzo non merita, a giudizio del Collegio, positiva considerazione.

In fatto, nella busta contenente la documentazione amministrativa sia la mandante che la mandataria dell'ATI aggiudicataria hanno dichiarato di aver adempiuto alla clausola del disciplinare che imponeva ai concorrenti di recarsi sul posto dove doveva espletarsi il servizio e di prenderne specifica visione.

In realtà, come chiarito dall'istruttoria svolta dall'amministrazione, è avvenuto che la mandataria non ha effettuato direttamente il sopralluogo ma lo ha delegato alla mandante, la quale lo ha eseguito accedendo al corpo galleggiante via mare.

In tale contesto fattuale, non ricorre ad avviso del Collegio nessuno dei profili di illegittimità lamentati dall'appellante.

Infatti in primo luogo, per quanto riguarda il profilo sostanziale, occorre rilevare come il disciplinare non richiedeva - in conformità al disposto del previgente art. 76 DPR 554/1999 - che il sopralluogo fosse svolto dal concorrente "direttamente o a mezzo personale dipendente" giusta quanto ora previsto dall'art. 106 DPR 207/2010, di talchè l'impresa concorrente in ATI poteva assolvere al relativo compito con libertà di forme.

In questo specifico quadro di riferimento, la delega dell'attività ispettiva alla mandante doveva dunque ragionevolmente ritenersi consentita, non potendosi dare adesione a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la mancata effettuazione del sopralluogo personalmente da parte di ciascun componente di un'ATI costituenda configura una giusta causa di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica. (cfr. per tutte IV Sez. n. 6625 del 2011).

All'opposto, l'indirizzo giurisprudenziale di questo Consiglio - al quale questo Collegio intende dare continuità - è stabilizzato nel senso che nelle gare d' appalto vanno tenute distinte la dichiarazione di sopralluogo a cura del partecipante e il verbale di sopralluogo eventualmente redatto dalla Stazione appaltante, essendo generalmente sufficiente la dichiarazione di sopralluogo a prescindere dalle modalità con cui esso è stato eseguito, a meno che non sia espressamente richiesto anche uno specifico verbale di sopralluogo sulle relative modalità. (cfr. C.G.A. n. 511 del 2011).

Ne consegue, per quanto riguarda il profilo formale, che l'attestazione positiva depositata dalla mandataria non poteva - ai fini che qui interessano - essere considerata mendace.

Alle considerazioni ora svolte deve aggiungersi in linea generale che - come rilevato dal TAR - negli appalti di lavori pubblici o di servizi, la funzione della dichiarazione di sopralluogo è unicamente quella di precludere all'appaltatore contestazioni basate sull'asserita mancata conoscenza dei luoghi e di ridurre al minimo le possibilità di modifiche contrattuali in sede di esecuzione, per cui l'onere posto a carico dell'Impresa di visitare i luoghi dell'appalto prima di formulare la propria offerta è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione, garanzia che tale dichiarazione, una volta positivamente resa, comunque viene ad assolvere.

Il mezzo in rassegna va perciò respinto.

Con il secondo motivo l'appellante deduce che l'aggiudicataria con la sua offerta ha assoggettato a ribasso anche le spese per la progettazione esecutiva (Euro 148.886,65) le quali invece per espressa previsione del bando erano incompressibili al pari degli oneri per la sicurezza.

Il mezzo non è fondato, in quanto l'ATI appellata ha offerto un ribasso del 27,11% da calcolare sull'importo a base d'asta così che, come statuito dal TAR, dalla documentazione di gara non emergono in realtà elementi probanti per ritenere che il ribasso offerto possa effettivamente riferirsi anche alle spese tecniche per la progettazione esecutiva.

In sostanza, in assenza di contraria ed espressa affermazione della concorrente, la percentuale di ribasso offerta non poteva incidere sui costi fissi ed invariabili ai sensi della legge di gara.

Infatti il disciplinare (cfr. busta C, offerta economica lettera a) richiedeva ai concorrenti una dichiarazione " contenente l'indicazione del ribasso percentuale offerto, espresso in cifre e in lettere, sul prezzo posto a base di gara": di talchè la percentuale di ribasso offerta dall'ATI si applicava all'entità totale dell'appalto depurata di oneri per la sicurezza e oneri per competenze tecniche progetto esecutivo non soggetti a ribasso come definita dal bando al punto II.2.

Con il terzo motivo l'appellante deduce che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia, in quanto incongruamente bassa.

Il mezzo non è fondato.

In materia di gare pubbliche di appalto, ai sensi dell'art. 86 comma 2 del codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la

congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

In sostanza, dal momento che il punteggio tecnico è proporzionale alla qualità delle prestazioni mentre il punteggio economico è inversamente proporzionale al prezzo offerto, il Legislatore considera de iure sospetta di anomalia l'offerta che –in rapporto alle altre - coniuga prestazioni molto elevate ad un prezzo estremamente modesto.

Ai sensi del successivo comma 3 dello stesso articolo, tuttavia, in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Come precisato dalla giurisprudenza, mentre il richiamato art. 86, comma 2, impone dunque un obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia da quella stessa previsione individuati, il successivo comma 3 si limita invece a facoltizzare la stazione appaltante a procedere alla suddetta verifica sempre che l'offerta, pur in assenza delle condizioni indicate dal comma precedente, appaia, in base ad elementi specifici, anormalmente bassa.

Nel caso di specie è pacifico che l'offerta presentata dall'aggiudicataria non è risultata anomala ai sensi dell'art. 86 comma 2 in quanto il punteggio attribuito per merito tecnico è risultato inferiore ai quattro quinti del punteggio massimo previsto per tale voce: pertanto la stazione appaltante non era obbligata ad attivare il sub procedimento di verifica della congruità.

Nè risulta censurabile la mancata attivazione della verifica di anomalia facoltativa ai sensi del comma 3, trattandosi di un potere discrezionale dell'Amministrazione il cui mancato esercizio non richiede di essere supportato da specifica motivazione (cfr. VI Sez. n. 4489 del 2011) ed è in definitiva sindacabile in sede di legittimità, secondo i principi correttamente richiamati dal TAR , solo in presenza di profili di evidente irragionevolezza e illogicità che nella specie l'appellante – pur approfondendo diffuse osservazioni - non perviene secondo il Collegio a evidenziare in modo pertinente.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono l'appello principale va quindi respinto, con conferma della sentenza impugnata.

L'appello incidentale è dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Ogni altra questione resta assorbita in quanto irrilevante ai fini della presente decisione.

Le spese e gli onorari di questo grado del giudizio possono essere compensati, viste le oscillazioni giurisprudenziali registrabili su alcune questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa spese onorari di questo grado del giudizio tra tutte le Parti costituite.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2013

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 27/11/2013.