

Publicato il 07/07/2017

N. 00660/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00168/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 168 del 2017, proposto da:

Società Interventa Scpa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo De Caterini, Roberto Passini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberta Agnoletto in Mestre, via Torre Belfredo 13/4;

contro

Provincia di Verona, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandra Rigobello, Antonio Sartori, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Sartori in Venezia, San Polo 2988;

Provincia di Verona, Area Manutenzione Patrimonio Edilizio e Rete Viaria Provinciale Servizio Viabilità non costituito in giudizio;

nei confronti di

Società Sicurezza e Ambiente Spa non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) della Determinazione di esclusione dell'offerta della Ditta Interventa s.c.p.a., prima classificata in graduatoria, n.51 del 10 Gennaio 2017 del dirigente Ing. Riccardo Castegini, notificata con PEC del 12.01.2017;

b) della Relazione di cui all'atto del 29 dicembre 2016, di esclusione della ditta a firma dell'Ing. Riccardo Castegini reso accessibile tramite accesso agli atti in data 30

gennaio 2017;

c) della Richiesta giustificazioni della Provincia di Verona del 14.11.2016 h:10,50, (Registro Ufficiale.U.0091205) a firma Ing. Castegini;

d) di ogni ulteriore atto, antecedente, contestuale e successivo, presupposto e comunque connesso;

Per la condanna della Provincia di Verona all'aggiudicazione della gara in favore di Interventa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Verona;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2017 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia di Verona con determinazione n. 2933 del 26 luglio 2016 ha riapprovato gli atti di una gara per l'affidamento mediante procedura aperta, dell'appalto "*del servizio di pronto intervento in regime di reperibilità lungo le strade provinciali*" e della concessione "*del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale con la reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali*", interventi tutti da eseguire in situazioni di emergenza.

Il valore a base di gara è stato individuato per il servizio in appalto, oneroso per la Provincia, in € 800,00 con riferimento ad 85 interventi, ovvero € 68.000,00 oltre oneri per la sicurezza ed I.V.A.

Quanto alla concessione del servizio post incidente (non onerosa), è stato determinato un importo forfetario di € 50.000,00, compresi oneri per la sicurezza.

Ai fini dell'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa così ripartendo i punteggi: offerta tecnica punti 60, offerta economica punti 40.

Ai fini dell'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica ("Caratteristiche di esecuzione del contratto") la Commissione di gara doveva attenersi ai seguenti criteri

validi per entrambe le tipologie d'intervento:

- a) la riduzione di tempo per l'attivazione dell'intervento sul luogo del sinistro rispetto ai 45 minuti posti a base di gara;
- b) la riduzione del tempo per la riapertura della strada rispetto alle 4 ore di cui al capitolato;
- c) la riduzione sul tempo di 1 minuto per la risposta telefonica alla richiesta di intervento.

Alla gara hanno partecipato due concorrenti, ovvero le odierne ricorrente e controinteressata.

Come risulta dal verbale di gara e dall'offerta tecnica, Interventa s.c.p.a. ha offerto di attivare il servizio in 22 minuti; di completare l'intervento, con riapertura della strada, in un'ora; di rispondere alla richiesta telefonica in 36 secondi.

Ha poi offerto il ribasso dell'85,80% sull'importo a base di gara per il servizio di pronto intervento.

Poiché il punteggio conseguito è risultato superiore alle soglie previste dal comma 3 dell'art. 97 D. Lgs. n. 50/2016 per entrambi gli elementi di valutazione e cioè sia quanto al prezzo, sia quanto all'offerta tecnica, si è dato l'avvio al procedimento di valutazione di congruità.

Il R.U.P. in data 30.09.2016 ha dunque chiesto alla concorrente di presentare spiegazioni con riferimento a due dei parametri, ovvero: 1) il tempo di attivazione, ridotto da 45 a 22 minuti; 2) il ribasso dell'85,80% sull'offerta economica.

La richiesta di giustificazioni è stata riscontrata da Interventa s.c.p.a. con nota 10.10.2016.

Quanto al tempo di attivazione offerto, che Interventa avrebbe impiegato dalla richiesta all'arrivo sul luogo del sinistro, per entrambe le tipologie di servizio la ricorrente ha dichiarato che la collocazione nell'ambito del territorio provinciale di quattro basi logistiche operative consentirebbe di raggiungere ogni località nel tempo offerto considerando che la distanza massima di percorrenza da ciascuna base al luogo di intervento, secondo un raggio d'azione calcolato in linea d'aria sarebbe di 24,93 Km percorribili in 22 minuti ad una velocità media di 68 Km/h, corrispondente alla velocità massima consentita nelle varie tipologie di strada da percorrere che prevedono limiti diversi.

Quanto al ribasso indicato nella misura dell'85,80% rispetto agli € 800,00 posti a base di gara, Interventa ha sostenuto che esso trovava giustificazione nelle economie di scala ottenibili nella gestione complessiva dell'affidamento (appalto di servizi e concessione).

Seguiva una replica del R.U.P. (nel frattempo sostituito nella persona del responsabile) ed una ulteriore controreplica di Interventa.

Infine, con determinazione n. 51 in data 10 gennaio 2017, comunicata il 12 gennaio successivo, la Provincia ha escluso dalla gara Interventa s.c.p.a. ed ha ribadito l'anomalia dell'offerta con particolare riferimento alla tempistica di intervento. Nel provvedimento sono state riportate le argomentazioni già sviluppate in sede di valutazione dell'anomalia precisando come l'offerta di 22 minuti non sia sostenibile perché: *“- la rete presenta sviluppi chilometrici non aderenti ai raggi presi a supporto dalle giustificazioni dei tempi, a prescindere quindi dall'orografia o dai vincoli territoriali presenti; - le velocità di percorrenza dei mezzi non possono essere attendibili, in quanto ipotizzate secondo una distribuzione che per tipologia viene standardizzata su una rete generica classificata in base alle caratteristiche costruttive (autostrada, strada extraurbana principale, extraurbana secondaria, ecc.) e secondo la massima velocità in esse ammessa, non prendendo in considerazione alcun vincolo rappresentato dal traffico che impegna la rete; - la ditta Interventa, semplicisticamente, introduce un fattore di correzione (10%) per poter giustificare gli elementi di disturbo ma tale fattore di correzione, che tiene conto della differenza di lunghezza tra la distanza in linea d'aria e la distanza realmente percorsa, nonché dei tempi di accelerazione e decelerazione dei mezzi, è del tutto sottodimensionato”*.

Con il presente ricorso Interventa impugna il predetto atto di esclusione deducendo a fondamento dell'impugnativa tre motivi.

In particolare, con i primi due motivi la ricorrente contesta sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza e difetto di motivazione, la valutazione di anomalia effettuata dalla Commissione; mentre, con un terzo motivo, contesta la legittimità della sostituzione del R.U.P. con il presidente della Commissione di gara, Ing. Castegini, che ha poi adottato la determinazione di esclusione, per violazione degli artt. 31, 77 e 97 del D.lgs. 50/2016 .

Si è costituita la Provincia di Verona argomentando in ordine all'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con il decreto presidenziale di fissazione dell'udienza pubblica si è chiarito anche che il ricorso in esame soggiace al rito di cui ai commi 2 e 6 dell'art. 120 c.p.a. e non al rito speciale previsto dal comma 2 bis dell'art. 120 del c.p.a., avendo ad oggetto un provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, pronunciato successivamente alla formazione della graduatoria delle offerte presentate e all'esito della valutazione di non sostenibilità dell'offerta presentata.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica.

All'udienza del 21 giugno 2017, all'esito della discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato per le seguenti ragioni.

1. Quanto ai primi due motivi di ricorso deve essere ribadito il principio (*ex multis*, Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 89; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Id., IV, 11 novembre 2014, n. 5530) secondo cui, nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la valutazione delle giustificazioni presentate da chi è tenuto a dimostrare che la propria offerta non è da considerarsi anomala è vicenda che rientra nell'ampio potere tecnico-discrezionale della stazione appaltante. Perciò, soltanto in caso di macroscopiche illogicità, vale a dire di errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto di immediata evidenza, è ammissibile il sindacato del giudice.

Il giudice amministrativo, infatti, in ragione del principio di separazione dei poteri può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione quanto a logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può procedere ad un'autonoma e distinta verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, poiché costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera amministrativa della stazione appaltante: per l'effetto, tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali valutazioni abnormi o inficiate da manifesti errori di fatto (Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5450).

2. Nel caso di specie, le valutazioni della Commissione riportate nella relazione del 29 dicembre 2016 non presentano profili di manifesta incoerenza o irragionevolezza, né appaiono inattendibili perché sintomatiche di una palese, falsa rappresentazione della

realità fattuale.

Al contrario sono le giustificazioni presentate da Interventa a risultare palesemente insufficienti ad escludere l'anomalia dell'offerta.

In particolare, la ricorrente quanto alla valutazione della tempistica di intervento, ritenuta dalla Commissione non credibile, deduce nel ricorso che l'asserita (da parte della Commissione) mancata copertura di una fetta del territorio provinciale potrebbe rilevare al più in sede di esecuzione del contratto, e che comunque, in base alla *lex specialis*, andrebbe preso in considerazione un tempo medio d'intervento su tutto il territorio provinciale, ed inoltre che le considerazioni della Commissione in ordine alla velocità stimata dei mezzi sarebbero illogiche e apodittiche.

E' tuttavia evidente che tali controdeduzioni confermano per sé stesse l'inattendibilità dell'offerta, in quanto la ricorrente:

a) conferma che una significativa fetta della rete del territorio provinciale non sarebbe stata coperta nel tempo di 22 minuti; essendo peraltro evidente come tale circostanza rilevi ai fini della valutazione della credibilità dell'offerta, dovendosi in tale sede valutare *ex ante* la garanzia della corretta esecuzione del contratto;

b) ha evidentemente inteso il tempo di attivazione come tempo medio, quando l'art. 5 del Capitolato d'onori dispone che "l'appaltatore garantirà l'arrivo sul luogo del sinistro/accadimento...entro 45 minuti, o quanto offerto in base di gara, dal momento della chiamata", escludendo un tempo medio, com'è logico che sia in considerazione della tipologia di servizi nei quali assume fondamentale importanza la tempistica d'intervento (come confermato anche dal peso di tale elemento sui criteri di assegnazione dei punteggi), e dovendo ciascun concorrente organizzare le proprie basi logistiche in modo tale da garantire l'arrivo nel tempo offerto in ogni punto della rete stradale;

c) conferma di aver calcolato le distanze in linea d'aria, senza tener conto delle caratteristiche delle reti viarie, specie per il tratto collinare/montano, e di aver preso in considerazione la velocità massima prevista per ciascun tratto di strada da percorrere.

Ne emerge, quindi, come il tempo offerto di attivazione del servizio, sia per la lunghezza dei tracciati che per la velocità di percorrenza considerati, fosse fortemente sottostimato, come correttamente ritenuto dalla Commissione, risultando pure

palesamente inidoneo a compensare tali macroscopiche incongruenze il fattore di correzione indicato da Interventa nel 10%.

Né appare idonea a scalfire tali acquisizioni la relazione tecnica del 31 maggio 2017 versata in atti dalla ricorrente (ciò in disparte dalla questione della tardività di tale deposito), dove si prendono in considerazione ancora i tempi medi d'intervento, riconoscendo che per alcuni tratti il tempo d'intervento è di 30 o 35 minuti al netto del tempo di chiamata.

Ne consegue anche l'inattendibilità dell'offerta economica, in quanto il costo del personale è stato parametrato da Interventa sui tempi offerti, ritenuti incongrui dalla Provincia.

Per tali ragioni i primi due motivi di ricorso devono essere respinti in quanto infondati, risultando la valutazione dell'anomalia dell'offerta esente dai vizi dedotti con tali motivi.

3. Anche la censura relativa all'incompatibilità in cui versava il presidente della commissione ai sensi dell'art. 77, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, avendo questi assunto anche il ruolo di RUP (prescindendo anche qui dai rilievi, sollevati dalla parte resistente in sede di discussione orale, d'inammissibilità della censura per come riformulata in sede di memorie conclusive), va ritenuta infondata alla luce delle stesse Linee guida adottate dall'ANAC in data 26 ottobre 2016 richiamate dalla ricorrente.

Come è noto, e pur a fronte di un dettato normativo più restrittivo rispetto alla formulazione del previgente art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, in sede di parere il Consiglio di Stato aveva censurato l'originaria formulazione delle Linee guida (vedasi il punto "Pag. 3, par. 1.2., terzo periodo" del parere, in cui la Commissione Speciale ha evidenziato che *"...la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali..."*).

L'ANAC si è adeguata al rilievo, tanto che nella stesura definitiva le Linee guida (punto 2.2., ultimo periodo) stabiliscono che *"Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile*

con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza”.

Pertanto il Collegio ritiene di respingere la censura, non ravvisando ragioni per discostarsi dalla giurisprudenza consolidata sotto il vigore del previgente art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, che richiedeva la concreta dimostrazione dell'incompatibilità sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla Commissione, e non essendo stato fornito nel caso di specie il benché minimo principio di prova circa gli elementi concreti da cui scaturirebbe una eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento al funzionario di cui si controverte, tra i compiti del RUP e quelli di presidente della Commissione di gara (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565).

4. Per tali ragioni il ricorso deve essere respinto.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge; condanna la ricorrente a rimborsare le spese di lite all'Amministrazione resistente, che si liquidano in complessivi € 3.000,00 oltre oneri accessori.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Nicola Fenicia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO

