

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – LECCE, SEZIONE I n. 1339/2011, e del dispositivo di sentenza del T.A.R. PUGLIA – LECCE, SEZIONE I n. 1109/2011, resi tra le parti, concernenti AFFIDAMENTO LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE RISTRUTTURAZIONE ED AMPLIAMENTO-TERMINAL COSTA MORENA

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità Portuale di Brindisi, del Consorzio Veneto Cooperativo – COVECO Coop s.p.a. e di IGECO Costruzioni s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 aprile 2013 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti l’avvocato dello Stato Ferrante e gli avvocati Pellegrino e De Giorgi Cezzi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L’Autorità portuale di Brindisi, con bando 2010/S 118-178439 pubblicato in GUCE 19 giugno 2010 indiceva gara con procedura aperta avente ad oggetto l’affidamento della progettazione esecutiva e dell’esecuzione dei “*lavori di riqualificazione del terminal di Costa Morena – ristrutturazione ed ampliamento*” da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Con decreto del presidente dell’Autorità portuale 10 febbraio 2011 la gara era aggiudicata in via definitiva all’a.t.i. Consorzio Veneto Cooperativo (COVECO) s.c.p.a. – IGECO Costruzioni s.r.l. (in prosieguo di trattazione a.t.i. COVECO).

L’aggiudicataria conseguiva punti 80,90.

Al secondo posto si classificava l'a.t.i. DEC – Tecnosud Costruzioni s.r.l. (d'ora innanzi a.t.i. DEC) con punti 78.68, ed al terzo l'a.t.i. COGIT con punti 63,35.

La commissione di gara rilevava non esservi offerte anomale ai sensi dell'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 (codice appalti), ossia offerte soggette a verifica obbligatoria di anomalia.

Il responsabile unico del procedimento (d'ora innanzi r.u.p.), secondo quanto risulta dalla relazione finale del 9 febbraio 2011, in dichiarato esercizio dei poteri di cui all'art. 11, commi 5 e 12, codice appalti, avviava, ai sensi dell'art. 86, comma 3, codice appalti (verifica facoltativa dell'anomalia delle offerte) una verifica sulle “*offerte tempi*” e sulle “*offerte economiche*” in relazione alla prima e alla seconda classificata.

In particolare, l'a.t.i. COVECO, aggiudicataria, conseguiva il massimo punteggio (pari a 25) per l'offerta “*tempi*”, avendo offerto di redigere il progetto esecutivo in 5 giorni, con una riduzione pari al 91% rispetto al tempo stimato posto a base di gara (60 giorni), e di eseguire i lavori in 150 giorni, con una riduzione pari al 70% rispetto al tempo stimato posto a base di gara (550 giorni).

Da parte sua l'a.t.i. DEC, seconda classificata, aveva offerto il massimo ribasso sul prezzo, pari al 26,719%, conseguendo così per l'offerta economica il massimo punteggio pari a 15.

In esito alla verifica condotta dal r.u.p. relativamente all'offerta economica risultava quanto segue:

- l'a.t.i. COVECO prima classificata presentava un ribasso sul prezzo pari al 15,20%, inferiore alla media dei ribassi (pari al 17,783%);
- il ribasso della seconda classificata a.t.i. DEC era pari al 26,719%, massimo ribasso in gara;

Quanto all'offerta tempi:

- l'a.t.i. DEC aveva offerto riduzioni temporali per la progettazione del 50% e per l'esecuzione dei lavori del 35,54% in linea con la media generale attestata rispettivamente al 47,06% per la progettazione e al 41,41% per la realizzazione dell'opera;

- l'a.t.i. COVECO, prima classificata ha offerto sia per la progettazione esecutiva che per l'esecuzione rassegnava le riduzioni temporali sopra riportate, entrambe di gran lunga superiori alla media generale.

Il r.u.p. con nota 14 gennaio 2011 n. 415 chiedeva chiarimenti alla prima classificata e, una volta acquisiti (nota COVECO 20 gennaio 2011), riconosceva congrui i tempi, confermando così le risultanze di gara.

1.1. L'a.t.i. COGIT, terza classificata, proponeva ricorso al Tar Puglia – Sezione staccata di Lecce contro l'atto di aggiudicazione definitiva e contro gli atti di gara e, segnatamente,, contro il giudizio di non anomalia reso nei confronti della prima classificata.

Deduceva:

a) l'illegittimità della condotta omissiva della commissione di gara, che avrebbe dovuto attivare la verifica di anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 3, codice appalti;

b) l'incompetenza del r.u.p. a condurre la verifica di anomalia, che avrebbe dovuto essere condotta dalla apposita commissione o, a tutto concedere, dalla commissione di gara;

c) l'illegittimità del giudizio di non anomalia nei confronti della prima classificata; in particolare il r.u.p. non avrebbe potuto prescindere dall'esame dell'offerta tecnica, e dai modesti punteggi attribuiti dalla commissione di gara all'a.t.i. aggiudicataria per il gruppo di progettazione (punti 2,55/10) e per l'organizzazione dell'impresa (punti 6.56/10); incoerente sarebbe pertanto il giudizio di non anomalia dei tempi di progettazione e di esecuzione, avuto riguardo alla modestia

del gruppo di progettazione e dell'organizzazione dell'impresa; parimenti sarebbero incongrue le giustificazioni fornite quanto ai tempi di esecuzione;

d) l'anomalia sia dell'offerta prima classificata sia dell'offerta seconda classificata; quanto all'offerta della prima classificata, per incongruità dei tempi offerti; quanto all'offerta della seconda classificata, per aver indicato costi della manodopera desunti da tabelle non ufficiali (aggiornate al gennaio 2009) e inferiori ai minimi inderogabili, e per aver indicato prezzi per le lavorazioni desunti da prezziari non più attuali e comunque riferiti a preventivi ormai scaduti da tempo.

In particolare l'a.t.i. DEC aveva offerto i seguenti costi:

- operaio specializzato 28,99 euro/ora;
- operaio qualificato 27,07 euro/ora;
- operaio comune 24,44 euro/ora.

Invece, i prezzi previsti dalla Commissione regionale prezzi del provveditorato interregionale alle opere pubbliche per la Puglia e la Basilicata, per la provincia di Brindisi (luogo di esecuzione dei lavori) relativi al periodo dell'offerta (agosto 2010), risultavano i seguenti:

- operaio specializzato 29,24 euro/ora;
- operaio qualificato 27,20 euro/ora;
- operaio comune 24,56 euro/ora.

Inoltre dall'analisi dei prezzi si evincerebbe che l'a.t.i. DEC quali nuovi prezzi (NPV.043, NPV.044, NPV.045) avrebbe inserito costi della manodopera ulteriormente inferiori e in particolare:

- operaio specializzato 23,10 euro/ora;
- operaio qualificato 22,10 euro/ora;
- operaio comune 19,93 euro/ora.

Da detti scostamenti risulterebbe evidente che il ribasso offerto verrebbe a fondarsi sull'illegittimo utilizzo di prezziari non aggiornati.

Anche per i prezzi delle lavorazioni l'a.t.i. DEC avrebbe utilizzato il prezzario dell'associazione regionale ingegneri e architetti della Puglia (ARIAP) aggiornato al secondo semestre 2009, in luogo del prezzario ufficiale aggiornato periodicamente dalla Regione Puglia.

Infine, l'a.t.i. DEC avrebbe esibito in gara preventivi risalenti al 2008-2009, inizi del 2010, e quindi inattuali al momento della gara.

e) in via subordinata deduceva la violazione, da parte della commissione di gara, del principio di trasparenza, non essendo stato dato atto in verbale delle modalità di conservazione delle buste C e D contenenti le offerte tempo e le offerte economiche; collocandosi temporalmente detta omissione dopo la conoscenza e valutazione delle offerte tecniche.

L'offerta tempo e l'offerta tecnica ed economica dell'a.t.i. COVECO si presentava priva della data di sottoscrizione ed in un secondo momento sono emerse copie con la data di sottoscrizione, e ciò sarebbe indizio della manomissione dei plichi.

Era, inoltre, formulata domanda il risarcimento del danno, in primis in forma specifica, in subordine per equivalente.

Con successivi motivi aggiunti in primo grado l'a.t.i. COGIT impugnava il silenzio – rigetto dell'Autorità portuale sull'istanza di autotutela e preavviso di ricorso presentati dalla stessa COGIT in data 10 marzo 2011, pervenuta all'Autorità portuale in data 16 marzo 2011.

Contro tale atto erano dedotti, quali vizi di illegittimità propri e derivati, gli stessi motivi articolati nel ricorso introduttivo.

1.2. Il T.A.R. adito dichiarava il ricorso inammissibile, dapprima pubblicando il dispositivo (n. 1109 del 2011) e poi la sentenza (n. 1339 del 2011).

Il T.A.R. fondava la declaratoria di inammissibilità sui seguenti argomenti:

a) risulterebbe affetta da “*estrema genericità*” la censura subordinata di violazione della regola di trasparenza da parte della commissione di gara; l'offerta dell'a.t.i.

aggiudicataria recherebbe, nell'originale, la data di sottoscrizione; non vi sarebbe prova della manomissione dei plichi, e la differenza tra le copie sarebbe imputabile all'utilizzo di diverse fotocopiatrici; inoltre l'inidonea attestazione nei verbali di gara sarebbe insufficiente a travolgere gli atti di gara occorrendo invece elementi indiziari della denunciata manomissione. Il verbale n. 8 attesta l'integrità dei plichi contenenti le offerte tempi ed economiche, e ciò sarebbe sufficiente anche se non si dà atto delle modalità di conservazione dei plichi;

b) al fine della verifica dell'interesse al ricorso, il T.A.R. dava luogo a prova di resistenza e, verificato che l'offerta della seconda classificata non si presentava anomala, dichiara inammissibile il ricorso nei confronti della prima classificata, perché la ricorrente terza classificata non potrebbe comunque conseguire l'aggiudicazione, anche ove risultasse anomala l'offerta prima classificata, subentrando in tal caso nell'aggiudicazione la seconda classificata la cui offerta non presenta aspetti di anomalia;

c) nel giudizio del T.A.R. l'offerta della seconda classificata non si presenterebbe anomala perché:

- le tabelle ministeriali sul costo del lavoro non conterebbero minimi inderogabili, ma solo parametri indicativi suscettibili di scostamento;

- in ogni caso, essendo minima la differenza tra prezzo offerto e tabelle ministeriali, vi sarebbe un complessivo scostamento per difetto pari a euro 18.317,52, che non inciderebbe sulla complessiva attendibilità dell'offerta;

- non rileverebbe che l'offerta si fonda su preventivi non aggiornati, perché in tempi di contrazione della produzione, è ragionevole ritenere che i preventivi sarebbero stati confermati.

1.3.. L'a.t.i. terza classificata, già ricorrente in primo grado, ha proposto anzitutto appello avverso il dispositivo di sentenza e, successivamente, motivi aggiunti contro la sentenza integrale.

Con l'appello avverso il dispositivo vengono riproposti tutti i motivi di cui al ricorso di primo grado e si formulano ipotesi sulle possibili motivazioni del dispositivo di inammissibilità del ricorso; sono mosse censure contro l'ipotetica motivazione della dichiarata inammissibilità ed è articolata replica alle eccezioni sollevate dalle altre parti nel giudizio di primo grado.

Nell'atto di appello avverso la sentenza, che ha la forma dei "*motivi aggiunti*", viene dato per noto il contenuto dell'appello avverso il dispositivo; si omette, quindi, l'esposizione dei fatti di causa e si espongono direttamente i motivi di ricorso a confutazione delle conclusioni del primo giudice.

E' dedotto in particolare che:

- erroneamente la sentenza avrebbe esaminato per primo il motivo proposto in via subordinata, non tenendo conto dell'ordine di esame dei motivi di parte e della relativa graduazione (pag. 4 atto di motivi aggiunti in appello);
- ancora erroneamente la sentenza avrebbe affermato che il ricorso di primo grado non supera la prova di resistenza, non avendo dimostrato la anomalia della offerta seconda classificata; infatti, il r.u.p., pur avendo rilevato l'anomalia della seconda classificata non ha poi proceduto alla sua verifica. Con il ricorso di primo grado si chiedeva di far condurre alla stazione appaltante, e per essa alla competente commissione, la verifica di anomalia nei confronti della seconda classificata; si azionava, quindi, un interesse strumentale all'anzidetto adempimento, sottoponibile a prova di resistenza;
- il T.A.R. doveva limitarsi alla dichiarazione dell'obbligo della stazione appaltante di compiere la verifica di anomalia nei confronti della seconda classificata, anziché condurla direttamente, come ha fatto, così sostituendosi in una valutazione di merito riservata all'amministrazione;

- il T.A.R. ha, inoltre, errato ritenendo che una “*commissione*” avesse compiuto la verifica di anomalia nei confronti della seconda classificata, mentre tale verifica non è mai stata fatta;

- né la verifica di anomalia condotta dal T.A.R. potrebbe trarre giustificazione dall’indicazione nel ricorso di primo grado degli elementi di anomalia delle offerte prima e seconda, indicati al limitato fine di corroborare la tesi della sussistenza dell’obbligo della stazione appaltante di procedere a verifica di anomalia.

L’appello prosegue censurando nel merito l’ordine argomentativo del T.A.R. a sostegno della non anomalia dell’offerta seconda classificata, con riproposizione dei motivi volti a dimostrare l’anomalia sia dell’offerta prima classificata che di quella seconda classificata. Sono, altresì, reiterati i motivi non esaminati dal T.A.R., relativi alla incompetenza del r.u.p. a condurre la verifica di anomalia, nonché, in via dichiaratamente subordinata, di violazione da parte della commissione di gara delle regole di trasparenza e si critica il capo di sentenza che tale censura ha disatteso, negando l’ascritta genericità e richiamando la giurisprudenza amministrativa in tema di modalità di conservazione dei plichi delle offerte e di verbalizzazione di tali modalità.

Si insiste infine nella richiesta di risarcimento in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia del contratto (ove medio tempore stipulato) e subentro in esso della ricorrente e, in via subordinata, nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente.

Con successive note d’udienza l’a.t.i. COGIT insisteva nei motivi di appello.

Si costituiva in resistenza l’a.t.i. COVECO opponendosi in controricorso ed in sede di note conclusive e di replica all’accoglimento dell’appello.

Si costituiva altresì in resistenza l’Autorità Portuale di Brindisi.

2. Con ordinanza n. 671 del 2012 la Sezione VI ha deferito all’Adunanza Plenaria l’esame di numerose questioni, alcune delle quali di natura processuale e quindi

rilevabili d'ufficio, che si atteggiano in parte come questioni nuove e di massima, in parte come questioni su cui c'è contrasto di giurisprudenza

Talune di esse (relative: al rapporto fra appello con riserva di motivi contro il dispositivo ed appello contro la motivazione della sentenza; ai limiti di sindacato del giudice amministrativo in ordine all'anomalia dell'offerta; all'ambito di tutela dell'interesse c.d. strumentale nel processo amministrativo) sono state sottoposte al contraddittorio delle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.,

In vista dell'udienza di trattazione a.t.i. COGIT ed a.t.i. COVECO hanno insistito nelle rispettive tesi difensive che hanno ulteriormente illustrato nella trattazione orale della causa.

All'udienza del 22 aprile 2013 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Viene all'esame dell'A.P., con carattere di pregiudizialità su ogni altra, un prima questione sollevata d'ufficio dalla Sezione remittente e sottoposta al contraddittorio delle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., che investe il rapporto tra atto di appello contro il dispositivo e atto di appello avverso la motivazione, e segnatamente l'ammissibilità di un appello contro la motivazione della sentenza, strutturato come "*motivi aggiunti*", che fanno in parte rinvio all'appello avverso il dispositivo, anziché come appello autonomo.

1.1. Il rito speciale appalti - disciplinato dagli artt. 119 e ss. c.p.a. - prevede nel giudizio di primo grado come obbligatoria la pubblicazione del dispositivo del provvedimento che definisce il giudizio entro i termine di sette giorni dalla sua deliberazione (art. 120, comma 9, c.p.a.), cui segue la pubblicazione della sentenza entro il termine dimidiato decorrente dalla deliberazione.

Ai sensi dell'art. 119, comma 6, c.p.a. il dispositivo è atto immediatamente impugnabile. L'impugnazione si atteggia come facoltativa ed è finalizzata ad ottenere in via cautelare la sospensione del dispositivo.

La parte che si avvale della facoltà di impugnare immediatamente il dispositivo deve fare riserva dei motivi che poi proporrà entro i consueti termini decorrenti dalla notificazione o pubblicazione della sentenza completa.

La Sezione remittente pone il problema del rapporto tra appello contro il dispositivo e appello (o motivi aggiunti) contro la sentenza completa: se si tratti cioè di appelli autonomi l'uno dall'altro o di un unico appello costituito da una fattispecie a formazione progressiva.

All'accoglimento dell'una o dell'altra tesi seguono importanti implicazioni in ordine alla forma e al contenuto del secondo appello, quello avverso la sentenza. Se, infatti, il rapporto è di autonomia, il secondo atto deve avere la forma o quantomeno la sostanza di appello autonomo contenente l'esposizione completa dei fatti e dei motivi, senza possibilità di fare rinvio all'appello avverso il dispositivo; se il rapporto è in termini di fattispecie a formazione progressiva, il secondo appello può operare una *relatio* agli elementi contenutistici all'appello avverso il dispositivo.

La questione assume rilevanza nel caso di specie. L'appello avverso la sentenza non presenta, infatti, struttura di appello autonomo, né sul piano formale né su quello sostanziale: sul piano formale invero ha la forma dei “*motivi aggiunti*” rispetto all'appello avverso il dispositivo; sul piano sostanziale non reca l'esposizione dei fatti di causa, operando un espresso rinvio all'appello avverso il dispositivo.

La questione si riflette anche sui poteri di cognizione del giudice del merito, e cioè se il suo esame debba investire in ogni caso entrambi gli appelli (il che rileva se si propongono censure diverse), o se l'esame debba essere circoscritto all'appello avverso la sentenza, dovendosi ritenere improcedibile o assorbito l'appello avverso il dispositivo.

L'esatta delimitazione della materia del contendere, cui si riconduce l'ambito della cognizione del giudice è a sua volta rilevante negli ulteriori profili inerenti alle

esigenze di economia processuale e di sinteticità, nonché al completo esame delle censure di parte, senza incorrere in vizi revocatori di omessa pronuncia.

Il collegio remittente propende per la tesi dell'autonomia dei due appelli.

Il dato normativo metterebbe in risalto la preminente funzione cautelare dell'appello contro il dispositivo. Il carattere facoltativo non determinerebbe, in ogni caso, decadenze, potendo la parte proporre appello autonomo avverso la sentenza chiedendo in quella sede la tutela cautelare.

Al prospettato carattere autonomo dei due appelli vengono a ricondursi ineludibili implicazioni pratiche:

a) i motivi contenuti nell'appello avverso il dispositivo e non riprodotti nell'appello contro la sentenza devono intendersi abbandonati e non devono essere esaminati dal giudice del merito; l'omesso esame non dà luogo ad alcun vizio revocatorio di omessa pronuncia;

b) nel dispositivo della sentenza resa sull'appello avverso la sentenza non occorre alcuna pronuncia su quello di impugnazione del dispositivo, nemmeno in termini di improcedibilità o assorbimento, perché l'appello sul dispositivo è stato già esaminato nella sede cautelare;

c) l'appello avverso la sentenza deve avere la sostanza di appello autonomo, anche se può, per ragioni pratiche, avere la forma di "*motivi aggiunti*"; contenere quindi l'esposizione dei fatti e di tutti i motivi di censura che si intendono proporre e le conclusioni; tale appello avverso la sentenza, proposto dopo l'appello avverso il dispositivo, non può fare rinvio né per i fatti né per i motivi all'appello avverso il dispositivo.

L'ordinanza di remissione, pur propendendo per la tesi dell'autonomia dei due appelli, non manca di illustrare argomenti esegetici a sostegno dell'opposta tesi, che identifica nell'inciso "*riserva di motivi*" da proporre dopo la pubblicazione della sentenza, che si rinviene nell'art. 119, comma 6, in base al quale potrebbe

escludersi la necessità di una reiterata esposizione dei fatti di causa nell'appello contro la sentenza, nonché nell'unicità del contributo unificato, secondo le direttive del Segretariato Generale, malgrado i due distinti momenti di impugnazione.

1.2. L'indirizzo interpretativo che suggerisce in via primaria l'ordinanza di remissione valorizza due aspetti muovendo dal dato testuale dell'art. 119, comma 6, c.p.a.:

- il ricorso avverso il dispositivo è un mezzo di tutela funzionalmente preordinato ad ottenere la sospensione dell'esecutività del dispositivo;
- sul piano del contenuto formale esso si caratterizza per la riserva dei motivi che andranno articolati nei termini di legge una volta pubblicata la sentenza completa della motivazione;

Da detta impostazione segue che l'atto di appello con articolazioni dei motivi deve essere assistito dal contenuto essenziale esemplificato all'art. 101 (esposizione sommaria dei fatti e specificazione delle censure, restando escluso per ragioni di certezza dell'oggetto del contendere e del perimetro delle contestazioni ogni rinvio *“ob relationem”* al contenuto del'appello contro dispositivo).

Stabilisce l'art. 119, comma 6, c.p.a. che: *“la parte può chiedere al Consiglio di Stato la sospensione dell'esecutività del dispositivo, proponendo appello entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione, con riserva dei motivi da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero entro tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non preclude la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza dopo la pubblicazione dei motivi”*.

Dal dato testuale della regola processuale emerge il riferimento unitario al mezzo di impugnazione che trova disciplina negli artt. 91 e seguenti c.p.a.

Esso, in relazione alla peculiarità delle materie oggetto del contendere ed in vista dell'esigenza di assicurare la più celere tutela in sede giudiziale, può essere

introdotto con immediatezza fin dalla pubblicazione del dispositivo della sentenza, salvo la definitiva determinazione del *thema decidendum* ad avvenuta pubblicazione della sentenza completa della motivazione.

Su un piano sistematico non emerge che l'art. 119, comma 6, c.p.a. abbia inteso enucleare un mezzo di impugnazione tipizzato nell'ambito della generale disciplina dell'appello dettata agli artt. 100 e segg. c.p.a.

Non si determina, quindi, una scissione dell'azione impugnatoria nei due momenti in cui ne è ammesso l'esercizio, prima avverso il dispositivo e poi contro la sentenza. Si versa a fronte di due momenti che sono espressione del medesimo potere di impugnazione della parte, cui segue l'effetto devolutivo della controversia in un primo tratto limitatamente all'emissione di misure cautelari, nel secondo con effetto di cognizione piena del merito della controversia in relazione ai motivi di impugnativa che il ricorrente è posto in condizione di articolare.

L'impostazione suindicata permette di superare ogni questione meramente formale sugli elementi contenutistici del primo e del secondo atto di appello e dei limiti dell'effetto devolutivo in caso di parziale corrispondenza del secondo atto rispetto al primo.

Tale conclusione è, inoltre, coerente con la regola di sinteticità degli atti di parte nel processo amministrativo che - enunciata di massima all'art. 3, comma 2, c.p.a., e puntualizzata all'art. 120, comma 10, c.p.a. con riguardo al contenzioso relativo a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - persegue l'intento di prevenire reiterazioni, ridondanze e duplicazioni dei contenuti degli atti di parte. Nella specie, invero, l'ordinanza di remissione ascrive all'a.t.i. COGIT il rilievo solo formale di aver dato per noto - in sede di appello avverso la sentenza - i fatti di causa, con rinvio all'appello avverso al dispositivo e, quindi, di non aver assicurato la pedissequa esposizione di fatti già noti al giudice adito.

In conclusione – l'art. 119 comma 6, c.p.a., non prefigura un *tertium genus* di tutela cautelare - oltre quella prevista dall'art. 62 c.p.a. nei confronti delle ordinanze cautelari e dall'art. 98 contro le sentenze del T.A.R. – ma, senza scissione dell'azione impugnatoria, in relazione alla specificità della materia per le quali è previsto il rito abbreviato, assicura l'anticipazione dello strumento cautelare in presenza della sola pubblicazione del dispositivo.

Stante, inoltre, il rapporto di simmetria fra tutela cautelare e possibile esito del giudizio di merito, la parte che abbia anticipato la tutela avverso il dispositivo della sentenza è onerata in prosieguo della compiuta deduzione dei motivi di appello, una volta perfezionata la pubblicazione della sentenza, onde non incorrere nella declaratoria di improcedibilità dell'impugnazione contro il dispositivo e nella perdita di efficacia di ogni misura cautelare eventualmente accordata.

Non incorrono, quindi, nella sanzione di inammissibilità i motivi aggiunti articolati dall'a.t.i. COGIT per la mancanza di una compiuta e separata esposizione in tale sede dei fatti su cui si innesta la controversia e per il parziale rinvio a considerazioni espresse nell'impugnazione del dispositivo.

2. Passando all'esame del merito l'Adunanza reputa di procedere alla disamina dei motivi di appello seguendo l'ordine delle statuizioni in base alle quali il primo giudice è pervenuto al rigetto del ricorso.

2.1. Come accennato nell'esposizione del fatto il T.A.R. ha respinto il motivo volto ad inficiare la regolarità della gara per l'assenza di sufficienti garanzie a salvaguardia della trasparenza e della genuinità dei plichi recanti le offerte delle imprese partecipanti.

Il motivo articolato da a.t.i. COGIT trova sostegno primario nell'insufficienza delle verbalizzazioni di gara a dare atto della prevenzione di ogni pericolo di manomissione dei plichi contenenti le offerte. Esso è, inoltre, corroborato da elementi indiziari idonei ad incidere sulla genuinità dei plichi che si identificano nel

riscontro, in esito ad accesso documentale del 26 aprile 2011, della presenza nell'offerta tecnica ed in quella economica di a.t.i. COVECO, redatte sui modelli B e C, del timbro dell'impresa e della data di sottoscrizione, elementi che, invece, risultavano assenti nelle copie dei documenti rilasciati a seguito di un primo accesso del 3 marzo 2011, antecedente la proposizione del ricorso avanti al T.A.R. Dall'esame degli atti di gara risulta che nel verbale n. 1 la Commissione giudicatrice ha proceduto alla numerazione progressiva ed alla verifica dell'integrità dei plichi prodotti dalla ditte concorrenti.

In tutti i successivi verbali nn. 2, 3, 4, 5, 6, 7, la Commissione dichiara di *“aver prelevato i plichi contenenti le offerte dal luogo dove gli stessi sono stati depositati e custoditi in condizioni di totale sicurezza a garanzia delle operazioni di gara”*, con implicita attestazione dell'integrità dei plichi, senza ulteriori indicazioni circa il luogo ed il responsabile della custodia.

La veridicità di detti verbali non è contestata dall'a.t.i. ricorrente. Le sue censure si rivolgono verso il verbale n. 8, relativo alla seduta pubblica in cui sono state aperte le buste contenenti le offerte tempo e le offerte economiche (rispettivamente plichi C e plichi D).

\ In tale verbale la commissione afferma che si procede *“all'apertura del plico relativo alle offerte tempi (plico C) ed economiche (plico D). Tutte le buste ivi contenute, di ciascuno dei concorrenti, risultano integre e riportano all'esterno la dicitura prescritta dal disciplinare di gara”*, All'assenza di un formale e puntuale riferimento in questo verbale delle modalità di custodia dei plichi la ricorrente riconduce il *vulnus* ai principi di correttezza, trasparenza, imparzialità che devono presiedere la scelta del contraente.

2.2. Sul punto controverso la Sezione remittente innesta la seconda questione che è posta all'esame dell'Adunanza Plenaria ed investe le modalità di custodia in corso di gara dei plichi contenenti gli atti del procedimento allo scopo di preservarli da indebita manomissione, nonché alle modalità di verbalizzazione.

Con attento e compiuto esame l'ordinanza di remissione pone in rilievo che la giurisprudenza si presenta in prevalenza rigorosa in ordine alle misure da adottare per garantire la conservazione e l'integrità dei plichi contenenti le offerte, in modo che ne sia assicurata la segretezza, e richiede che le cautele adottate siano menzionate ed indicate nel verbale di gara (Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2011 n. 4487; Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203; id., 12 dicembre 2009 n. 7804). L'integrità dei plichi contenenti le offerte costituisce garanzia della segretezza delle stesse e della *par condicio* di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa (Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010 n. 3203; Id., 20 marzo 2008 n. 1219).

Il su riferito orientamento comporta in particolare:

- l'individuazione di un soggetto responsabile della custodia dei plichi o di un consegnatario degli stessi;
- l'insufficienza di verbalizzazioni con generico riferimento ai locali di custodia dei plichi, senza precisare se gli stessi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) siano stati nuovamente risigillati o comunque richiusi in modo adeguato così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione (Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010 n. 3203);
- l'obbligo della commissione di adottare le cautele idonee a garantire la segretezza degli atti di gara ed a prevenire rischi di manomissioni, indicando nel verbale tali cautele e dando atto a verbale della integrità dei plichi;
- nel verbale deve risultare il nominativo di colui cui siano materialmente consegnati i plichi, che ne assume le conseguenti responsabilità, ovvero – con chiarezza e univocità – deve essere indicato l'ufficio cui sono consegnati e all'interno del quale essi vanno conservati (con individuazione immediata del suo responsabile); in qualsiasi momento, ogni autorità giurisdizionale o amministrativa (a seconda dei casi e delle relative funzioni, anche di vigilanza) dalla lettura dei

verbali di consegna deve poter agevolmente accertare quali siano stati i passaggi dei plichi, ove essi siano stati collocati nel corso del tempo, chi abbia posto mano su di essi e ogni altra circostanza attinente alla loro integrità e conservazione.

Le cautele osservate possono reputarsi idonee allo scopo solo se assicurano la conservazione dei plichi in luogo chiuso, non accessibile al pubblico, e con individuazione di un soggetto o ufficio responsabile dell'inaccessibilità del luogo a terzi. Anche se non occorrono formule sacramentali la verbalizzazione è legittima se, oltre ad elencare le cautele adottate, indica, sotto la responsabilità dei verbalizzanti, che le cautele sono state efficaci in quanto i plichi sono integri (Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2011 n. 3803; Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2011 n. 3902; Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2011 n. 4487).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame le garanzie a cautela della integrità dei plichi integrerebbero una fattispecie di pericolo, non una fattispecie di danno. Sarebbe sufficiente che dalle risultanze processuali emerga che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, senza che a carico dell'interessato possa configurarsi un onere di provare un concreto evento di danno (Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010 n. 3203). È sufficiente, quindi, la sola esposizione al rischio di manomissione della documentazione per ritenere invalide le operazioni di gara (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2011 n. 1617).

Un secondo orientamento reputa che la mancata emersione dagli atti di gara dell'osservanza delle su elencate cautele assume solo un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della c.d. *genuinità* dei plichi, occorrendo comunque provare che vi sia stata una violazione dell'integrità e segretezza dei plichi.

Si è affermato che la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la

segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità delle operazioni di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione (Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2011 n. 1094; Cons. St., sez. V, 25 luglio 2006 n. 4657; Id., sez. IV, 5 ottobre 2005 n. 5360; Id., sez. V, 10 maggio 2005 n. 2342; Id. sez. V, 20 settembre 2001 n. 4973).

Siffatto contesto giurisprudenziale ripudia il più rigoroso orientamento perché espressione di un indirizzo formale, con la conseguenza che la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, laddove il concreto andamento della medesima ovvero ulteriori elementi non inducano a dubitare della corretta conservazione.

2.3. La questione sottoposta all'esame dell'Adunanza concerne gli adempimenti della commissione preposta all'esame delle offerte che devono accompagnare le determinazioni di valutazione delle offerte, ove queste non si esauriscano in un'unica seduta. Detti adempimenti investono le modalità di conservazione e di custodia dei plichi a prevenzione di manomissioni da cui possa derivare l'alterazione di atti del procedimento quali inizialmente introdotti dai partecipanti alla gara.

Si tratta di operazioni materiali che non coinvolgono la volontà negoziale dell'Amministrazione, ma sono finalizzate, come prima accennato, a garantire la genuinità dell'oggetto su cui la commissione è chiamata ad esprimersi.

Sia il codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 163 del 2006, che il regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, non recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento di dette operazioni. Il regolamento contiene un limitato riferimento alle *sedute di gara* (art. 117) per le quali è, in particolare,

prevista la possibilità di sospensione e di aggiornamento a data successiva, con esclusione della fase di apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

In assenza, quindi, di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale – salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni aggiudicatrici, cui la commissione esaminatrice deve rigorosamente attenersi – non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento (nel profilo della violazione di legge) l'omessa indicazione in verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva.

L'attenzione si sposta, quindi, sugli adempimenti complessivamente osservati dalla commissione a salvaguardia della segretezza delle offerte, dell'integrità degli atti di gara e del pericolo di manomissione.

Il veicolo per l'espressione di un giudizio di sufficienza in ordine a dette operazioni - che investe cioè l'assenza di elementi e circostanze che possano viziare, sul piano sintomatico, per eccesso di potere la condotta del collegio giudicante in quanto contraria ai principi trasparenza, buon andamento e parità di trattamento dei concorrenti - è il verbale che deve accompagnare le operazioni di gara.

Il verbale è redatto in via ordinaria per ogni adunanza dell'organo collegiale ed ha funzione ricognitiva e documentale delle operazioni compiute e delle deliberazioni assunte.

L'art. 78 del codice degli appalti elenca, al comma 1, elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale da redigersi per "ogni contratto". Essi non prendono, tuttavia, in considerazione le modalità di custodia dei plichi nella fase che intercorre fra una seduta e l'altra. Ancora una volta non si rinviene un puntuale dato normativo cui raccordare il giudizio di sufficienza della

verbalizzazione, cui l'ordinanza di remissione raccorda l'effetto invalidante del concorso.

Deve quindi pervenirsi alla conclusione che - fermi di massima sul piano funzionale i principi di sufficienza ed esaustività del verbale - la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo collegandosi per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte. Ciò in anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale.

Ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre *vulnus* alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può, quindi, trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvergono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla c.d. *genuinità* dell'offerta, che va preservata in corso di gara. Peraltro per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi.

Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra. In siffatto contesto l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di preconstituire una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699 e 2700 cod. civ.), e quindi di prevenire o rendere più difficili future contestazioni; ma così come tali annotazioni, per quanto accurate, non impediranno mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di falso, ove necessario), allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia delle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi.

Applicando i su riferiti principi alla fattispecie di cui si controverte, dalle risultanze delle operazioni compiute dalla commissione giudicatrice non emergono inadempimenti idonei a mettere in gioco la genuinità delle offerte, ove si consideri che tutti i verbali dal numero 1 al 7 recano attestazioni sull'*integrità dei plichi* e sull'adozione di presidi a salvaguardia del loro deposito e custodia in condizioni di sicurezza. La circostanza che la formula di rito impiegata nei precedenti verbali non sia stata pedissequamente ripetuta nel verbale n. 8 non assurge ad elemento viziante la procedura, la cui regolarità va desunta con approccio complessivo alle operazioni compiute dalla commissione e tenuto conto che il verbale da ultimo menzionato reca la formale attestazione che, in sede di apertura del plico relativo alle offerte tempi (plico C) ed economiche (plico B), "*tutte le buste ivi contenute, di ciascuno dei concorrenti, risultano integre e recano la dicitura prescritta dal disciplinare di gara*". Né possono essere elevati a sintomo di interventi manomissivi dell'integrità dei plichi, con incisione sulla *genuinità* delle offerte, fatti successivi alla conclusione della gara (nella specie non leggibilità del timbro dell'impresa e della data sui

modelli dell'offerta tempi ed economica dell'impresa aggiudicataria in esito ad un primo accesso documentale rispetto alle risultanze di una rinnovata esibizione dei medesimi documenti) che per di più non mettono in discussione gli elementi contenutistici dell'offerta ed, in conseguenza, l'oggetto su cui si è attestato il giudizio valutativo della commissione di gara.

Il motivo va, quindi, respinto.

2.4. Al rigetto del motivo – che, ove accolto, avrebbe determinato l'effetto demolitorio dell'intera procedura concorsuale – segue il venir meno dell'interesse all'esame dell'ulteriore doglianza riferita alla violazione da parte del primo giudice *“della graduazione (delle censure) che le stesse deducenti avevano espressamente operato”*, tenuto conto che *“l'interesse principale fatto valere in ricorso è quello dell'aggiudicazione, previa esclusione delle prime due offerte graduate, ove occorra per i tramite della rinnovazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 86. comma 3,(del) d.lgs. n. 163 del 2006”* avviato dal R.U.P. ma dallo stesso non portato a conclusione. Ciò esime l'Adunanza Plenaria dalla disanima dell'ulteriore questione portata dalla Sezione remittente alla sua attenzione sull'ordine di esame dei motivi di ricorso nel caso in cui la parte abbia disposto una loro graduazione, e cioè se nel processo amministrativo trovi piena applicazione il principio dispositivo che caratterizza ogni tipo di processo ad impulso di parte, ovvero se detto principio riceva temperamento, con assegnazione al giudice di un potere officioso di graduazione dei motivi dedotti in relazione ai possibili esiti del giudizio ed agli interessi di rilievo pubblico coinvolti dall'oggetto del contendere.

3. Può, quindi, passarsi all'esame del nucleo centrale del presente contenzioso, che investe la supposta anomalia delle offerte prima e seconda graduata ed il comportamento omissivo della stazione che non ha assicurato il procedimento di verifica malgrado la presenza di elementi che si assumono indizianti della situazione patologica delle offerte.

3.1. L'art. 8 del disciplinare di gara reca la puntuale previsione che “*ai sensi degli artt. 87, 88 e 89 del d.lgs. n. 163/2006, la commissione all'uopo nominata procederà alla valutazione delle offerte che saranno sospette di anomalia ex art. 86, comma 3 del suddetto d.lgs. n. 163/2006*”.

Il Presidente dell'Autorità portuale ha devoluto detto potere alla stessa commissione giudicatrice incaricata dell'esame delle offerte (punto 2 del decreto n. 297 del 27 agosto 2010).

Sia la disciplina di gara che il pedissequo decreto applicativo non formano oggetto di contestazione quanto al riparto di competenza ai fini dello svolgimento di detta fase del procedimento di gara. Anzi a.t.i. COGIT - con richiamo al riesame di elementi delle offerte della prima e seconda classificata che si rinviene nella nota del 9 febbraio 2011 a firma del *responsabile unico del procedimento* (r.u.p.) - nell'atto introduttivo del giudizio ha formulato specifico motivo, riproposto in appello (pag. 11), con il quale ha negato ogni competenza al riguardo di detto organo.

Il carattere rigido ed univoco della disciplina di gara e, segnatamente, il provvedimento dell'Autorità portuale che come innanzi detto ha assegnato alla commissione giudicatrice ogni esame dell'anomalia dell'offerta ai sensi degli artt. 86 ed 88 del d.lgs. n. 163 del 2006 (che versano ormai in condizione di inoppugnabilità) non consentono un'interpretazione della *lex specialis* in sintonia con la disciplina in materia dettata dagli artt. 88, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 e 121, comma 4, del d.P.R. n. 121 del 2010 – cui fa richiamo l'ordinanza di remissione - che vede il r.u.p. quale organo deputato in via ordinaria agli adempimenti di verifica della congruità delle offerte. Tantomeno può disporsi la disapplicazione della disciplina di gara, in assenza di domanda in tal senso e per di più in presenza di norme che regolano l'azione dell'amministrazione che non incidono su diritti soggettivi perfetti del privato.

In siffatto quadro regolamentare e provvedimentale della gara, che vede assegnato alla commissione giudicatrice il ruolo centrale ed esclusivo di esame dell'eventuale anomalia delle offerte, perde rilievo l'ulteriore questione devoluta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, tesa ad una rimediazione delle conclusioni cui è l'Adunanza stessa è pervenuta con la decisione n. 36 del 2012, in merito al ventaglio di scelte selettive del r.u.p. sulle modalità di verifica dell'anomalia delle offerte - nel caso di appalti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa e si proceda alla verifica facoltativa - con specifico riferimento alla possibilità di disporre, anche in tale sede, la costituzione della commissione speciale cui fanno richiamo gli 88, comma 1 bis, e 121 prima menzionati.

3.2. In armonia della *lex specialis* del concorso va, quindi, interpretata la relazione rassegnata dal r.u.p. in data 9 febbraio 2011.

Il responsabile del procedimento in detta relazione dà atto, con formale richiamo agli artt. 11, comma 5, e 12, comma 1, del codice dei contratti, di procedere, una volta intervenuta l'aggiudicazione del contratto, al riesame degli atti adottati *“in base al principio costituzionale di buon andamento”* e ciò anche *“in chiave di eventuale riforma, in autotutela, delle risultanze emerse in esito all'aggiudicazione provvisoria di che trattasi?”*.

Precisa, in prosieguo, di aver *“stimato utile verificare taluni profili, già noti alla commissione di gara per essere oggetto di documentazione in atti, nell'intendimento di suggellare gli esiti dell'attività svolta da quest'ultima”*. Esclusa ogni verifica delle offerte tecniche, l'attenzione del r.u.p. si attesta sui contenuti dell'offerta economica e dell'offerta tempi della prima e seconda classificata, per pervenire alla conclusione sulla sussistenza dei *“presupposti per confermare le risultanze di gara e procedere con l'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. Coveco/Igeco”*.

Il potere esercitato si atteggia come di generale controllo, secondo le modalità previste dal richiamato art. 12, comma 1, dei pregressi atti della procedura di affidamento, una volta disposta l'aggiudicazione provvisoria e prima dell'adozione

dell'atto approvativo da parte dell'organo competente. Nei limiti anzidetti detto controllo ha preso in considerazione anche i presupposti per un'eventuale verifica facoltativa delle offerte, ma detto esame, in contrario a quanto prospettato dall'a.t.i. appellante, non può qualificarsi come un inizio in, via autonoma, dell'esame dei affidabilità e di congruità dell'offerta e non portato a termine, che è invece riservato dagli atti di gara alla competenza esclusiva della commissione esaminatrice.

3.3. Le residue domande formulate nel ricorso al T.A.R. e reiterate in appello, muovendo dall'attività ricognitiva del r.u.p. rassegnata nella relazione del 9 febbraio 2011, introducono un sospetto di anomalia sia della prima che della seconda offerta graduata.

Nell'adunanza del 6 dicembre 2010 (verbale n. 8) la commissione in carica ha provveduto alla verifica di congruità pervenendo alla statuizione che *“ai sensi dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 non vi sono offerte anomale”*.

Detta conclusione è coerente con il disposto di cui all'art. 86, comma 2, che nei casi di procedure di affidamento del contratto secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa, impone la valutazione di congruità nel caso in cui sia i punti relativi al prezzo, sia la somma di quelli relativi agli altri elementi di valutazione siano *“entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispettivi punti massimi previsti dal bando di gara”*, condizione dell'offerta che non viene in rilievo nella gara *de qua*.

Le questioni introdotte in ordine alla congruità delle offerte delle imprese che precedono in graduatoria l'odierna appellante coinvolgono la sfera discrezionale dell'organo a ciò deputato che, come innanzi detto, deve procedere alla verifica di anomalia obbligatoriamente in presenza degli scostamenti dai punteggi massimi previsti nel bando nella misura indicata dall'art. 86 comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, mentre ha possibilità *“di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”* resta rimessa al prudente apprezzamento

di merito della stazione appaltante. L'obbligo di verifica 2006 investe, quindi, con carattere di doverosità, sensi dell'art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163 la prima offerta, e se questa è esclusa, si *“procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive, fino ad individuare la migliore offerta non anomala”*.

Nel presente contenzioso la posizione dell'a.t.i. COGIT riveste carattere di peculiarità perché, essendo collocata al terzo posto in graduatoria, l'effetto utile dell'impugnativa, e cioè la possibile assunzione della qualità di aggiudicataria dell'appalto, resta condizionato ad un giudizio di inaffidabilità e non congruità di entrambe le offerte collocate in posizione potiore nella graduatoria finale.

Le questioni introdotte al riguardo dall'a.t.i. COGIT - diversamente da quanto adombrato nell'ordinanza di remissione - non introducono un sindacato di merito in ordine al potere di esame delle offerte prodotte esercitato dalla commissione di gara. La sfera di valutazione della congruità dell'offerta è, infatti, espressione di discrezionalità c.d. tecnica della stazione appaltante, che è sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà.

Il concorrente può, quindi, introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente, e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia.

L'interesse strumentale all'esercizio del potere fatto valere non è quindi disancorato da un vizio da cui si assume affetta sul piano sostanziale la fase procedimentale contestata e trae sostegno, come posto in rilievo dall'a.t.i. appellante, nell'effetto conformativo dell'auspicata pronunzia di annullamento.

Né siffatto sindacato riceve preclusione dall'art. 34, comma 2, c.p.a., che fa divieto al giudice amministrativo di pronunziarsi *“con riferimento a poteri amministrativi non ancor esercitati”*, poiché la questione introdotta interviene dopo che tutte le offerte

sono già venute all'esame della stazione appaltante e dà rilievo a profili che sono elevati, sul piano sintomatico, a vizio di un non corretto esercizio del potere di scelta della migliore offerta, per non aver dato rilievo ad estremi di manifesta incongruità di talune di esse.

E', quindi, consentito il sindacato esterno del giudice amministrativo sull'operato dell'organo deputato all'esame delle offerte, in presenza di elementi che il ricorrente elevi a vizio di eccesso di potere in cui la stazione appaltante si assume sia incorsa per una non corretta disamina di elementi contenutistici tali da evidenziare una palese incongruità dell'offerta.

In tali limiti si è mosso il primo giudice che, quanto all'offerta della seconda graduata a.t.i. DEC, ha escluso l'emergenza di estremi (inerenti al costo del fattore lavoro ed alla datazione dei preventivi) che sul piano sintomatico avrebbero dovuto indurre la commissione all'esame, previsto dal combinato disposto di cui agli artt. 86, comma 3, e 88 comma 7, del codice degli contratti pubblici, volto a garantire i parametri di congruità dell'offerta.

L'Adunanza condivide detta conclusione, che è suffragata dalla limitata diminuzione dell'utile di impresa derivante dal calcolo del costo del lavoro secondo le deduzioni della ricorrente, nonché dall'irrilevanza della datazione dei preventivi in un contesto economico non caratterizzato da gravi tensioni inflattive e che anzi, in numerosi settori presenta una deflazione dei costi.

Tantomeno il sintomo di anomalia può ricondursi all'esame dell'offerta effettuato dal r.u.p. nell'esercizio dei poteri di cui a agli artt. 11, comma 5, e 12, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, che presenta carattere solo strettamente ricognitivo dei ribassi percentuali dell'offerta dell'a.t.i. DEC nella componente economica, nonché nei tempi relativi alla progettazione ed alla costruzione delle opere.

3.4. A questo punto va considerata l'ulteriore questione di principio che la Sezione remittente sottopone all'esame dell'Adunanza Plenaria – nel quadro della disciplina

per l'individuazione delle offerte anormalmente basse dettata dagli artt. 86, commi 2 e 3, e 88, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, nei casi di contratto da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa - che coinvolge l'interesse strumentale della terza classificata nella graduatoria ad introdurre il sindacato di legittimità dell'esito della gara in presenza di offerte che, pur non soggette all'esame obbligatorio di anomalia, avrebbero potuto indurre la stazione appaltante all'esame di congruità che il dato normativo qualifica come facoltativo.

Sottolinea in sintesi la Sezione remittente che la tutela del c.d. interesse strumentale deve essere conciliata con alcuni basilari principi del processo amministrativo quali:

- a) il processo amministrativo realizza una giurisdizione di diritto soggettivo e non di diritto oggettivo;
- b) la necessità di un interesse concreto e attuale al ricorso;
- c) la necessità che il sindacato del giudice amministrativo si mantenga nei confini della legittimità, attesa la tassatività dei casi in cui il giudice amministrativo può esercitare la giurisdizione di merito sostituendosi alla pubblica amministrazione.

Muovendo da siffatte premesse il Collegio remittente ravvisa di limitare, alla luce dei principi generali in tema di attualità e concretezza dell'interesse all'impugnativa, la legittimazione e l'interesse a ricorrere nel processo amministrativo sui pubblici appalti:

- a) al solo secondo classificato, se si deducono vizi dell'offerta aggiudicataria, che possono far cadere la sola offerta aggiudicataria;
- b) a tutti i soggetti ammessi alla gara, se si deducono vizi del bando, o della costituzione della commissione, o vizi della gara nel suo complesso, che possono far cadere l'intera gara.

Conclude l'ordinanza di remissione che in capo ai soggetti classificati dal terzo posto a seguire, non sussiste la legittimazione e l'interesse a contestare

l'aggiudicazione (per anomalia dell'offerta aggiudicataria), perché non possono essi stessi conseguire l'aggiudicazione, che andrebbe alla seconda classificata.

Tale ultima evenienza, per quanto innanzi esposto, ricorre per la gara di cui è controversia.

Escluso invero, in esito a sindacato esterno del g.a., ogni sospetto di anomalia dell'offerta seconda graduata, che avrebbe potuto indurre la stazione appaltante ad attivare il procedimento di verifica, ancorché non obbligatorio, onde rendere indenne da ogni vizio di eccesso di potere, nei profili della ragionevolezza ed appropriatezza, la fase di esame del contenuto delle offerte, la legittimazione dell'a.t.i. COGIT al sindacato dell'offerta aggiudicataria si caratterizza come debole, perché in alcun modo dalle censure rivolte contro l'offerta prima classificata potrebbe conseguire l'aggiudicazione che spetterebbe, invece, alla seconda graduata.

Tale conclusione è coerente con l'interesse alla cui tutela è indirizzata l'impugnativa che non riceve immediata soddisfazione da una pronuncia di annullamento o di condanna, ma resta condizionato alla riedizione da parte dell'Amministrazione del potere di esame delle offerte.

L'utilità o bene della vita cui aspira il ricorrente – in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa – deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto.

L'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta; esso deve cioè aderire in modo rigoroso e

con carattere di immediatezza e di attualità all'oggetto del giudizio (Cons. St., IV, n. 3365 del 07 giugno 2012; n. 6151 del 22 nov. 2011; V, 2947 del 2 maggio 2012).

La collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé - con carattere di automatismo - il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato ad introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione potiore, in presenza di evidenti e conclamati profili di eccesso di potere che inficino la fase di cognizione ed esame dell'offerta del secondo graduato, la cui possibile estromissione di gara consentirebbe lo scorrimento in posizione utile per poter aspirare all'aggiudicazione.

In tale ipotesi non si dà ingresso ad una tutela di c.d. diritto oggettivo, poiché la contestazione è introdotta nell'interesse di parte e, alla luce dell'art. 113 della costituzione, non può soffrire limiti in relazione alla singolarità della fattispecie provvedimentale. Tantomeno si impinge nel merito di scelte della stazione appaltante, perché il sindacato si caratterizza come esterno e si attua nei limiti della verifica di eventuali vizi di eccesso di potere che possano aver inficiato il tratto procedimentale di verifica dell'anomalia delle offerte prima di procedere all'aggiudicazione.

Ove, tuttavia, siffatta evenienza, come nel caso di specie, non ricorra, l'impresa terza classificata non è portatrice di un interesse strumentale concreto e diretto all'annullamento degli atti impugnati ed alla rinnovazione della procedura, poiché dall'auspicato rinnovo non può derivare alcuna *chance* di vittoria stante la postergazione al secondo concorrente utilmente graduato.

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto e per l'effetto va confermata la sentenza impugnata.

Spese e onorari del giudizio seguono la soccombenza e – in relazione all'attività difensiva spiegata - si liquidano in euro 4.000,00 (quattromila/00) in favore di a.t.i. COVECO e in euro 1.000,00 (mille,00) in favore dell'Autorità Portuale di Brindisi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del giudizio liquidate come in motivazione in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma in camera di consiglio nei giorni 22 aprile e 18 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2014

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

Il Dirigente della Sezione