



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 la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1629 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ice Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Quinto e Pietro Quinto e presso lo
studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata in Lecce, via Garibaldi 43;

contro

Provincia di Lecce, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Giovanna Capoccia,
elettivamente domiciliata presso l'Ufficio Legale C/ Amministrazione Provinciale;

nei confronti di

Paolo Guadadiello, rappresentato e difeso dall'avv. Nicolò Mastropasqua,
elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Luca Sambati in Lecce, via
Templari n. 10/A;

per l'annullamento

- dei verbali di gara relativi all'appalto indetto dalla Provincia di Lecce per
l'affidamento dei lavori di riuso del velodromo degli ulivi di Monteroni;

- della determina n. 2053 del 9 settembre 2010 (comunicata in data 27 settembre 2010) con cui il Dirigente del Settore LL.PP. ha dichiarato anomala l'offerta della ICE srl e aggiudicato, in via definitiva, l'appalto in favore dell'ATI Guadadiello Paolo- Tornese Giuseppe;
- della determina n. 3382 del 28 dicembre 2010 con cui il Dirigente del Settore LL.PP. della Provincia di Lecce ha confermato la dichiarazione di anomalia dell'offerta ICE pari al 43,60% espressa con la determinazione n. 2053/2010, integrandone la motivazione e confermato la determina n. 2053/2010;
- per il risarcimento dei danni subiti e subendi.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lecce e di Paolo Guadadiello;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2011 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi nei preliminari l'avv. Giorgiani, in sostituzione degli avv.ti Quinto, per il ricorrente, l'avv. Capoccia per la p.a. e l'avv. Mastropasqua per il controinteressato;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente, partecipante alla gara indetta dalla provincia di Lecce per l'appalto dei lavori di riuso del Velodromo degli Ulivi di Monteroni, impugna gli atti epigrafati ed in particolare la determina del 9 settembre 2010 con la quale il Dirigente del settore LL.PP. ha dichiarato anomala l'offerta della ICE ed aggiudicato, in via definitiva, l'appalto in favore dell'ATI Guadadiello Paolo-Tornese Giuseppe.

1.1. A sostegno del ricorso sono dedotte le seguenti censure.

I) Eccesso di potere per erronea e falsa presupposizione – disparità di trattamento – irrazionalità ed ingiustizia manifesta.

II) Violazione e falsa applicazione di legge – violazione e falsa applicazione degli artt. 86-87-88 del d.lgs 163/2006 – difetto di motivazione.

1.2. Avendo la ICE srl invitato la P.A. a riattivare il contraddittorio per l'analisi delle giustificazioni, la Provincia di Lecce, con determina n. 3382/2010 ha respinto la richiesta di rivalutazione dei giustificativi prodotti e confermato il giudizio di anomalia dell'offerta presentata dalla ICE srl; quest'ultima ha impugnato anche tale atto deducendo i seguenti motivi aggiunti:

III) Violazione di legge – eccesso di potere - violazione del principio di buon andamento della P.A.

IV) Eccesso di potere per erronea e falsa presupposizione – disparità di trattamento – irrazionalità ed ingiustizia manifesta.

V) Illegittimità derivata.

1.3. Nel corso del giudizio, sia la Provincia di Lecce, sia il controinteressato Paolo Guadadiello, si sono costituiti insistendo per la reiezione del ricorso.

1.4. Nella pubblica udienza del 24 marzo 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

2. Il ricorso è infondato e non meritevole di accoglimento.

2.1. L'art. 86 del d.lgs. 163 /2006, con riferimento alle gare da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che :

“2. Nei contratti di cui al presente 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.

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.”

Quanto all'iter procedurale, il successivo art. 87 prescrive che : 1.” *Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio”.*

Il successivo comma prevede, a titolo esemplificativo, l'oggetto delle giustificazioni (l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio; le soluzioni tecniche adottate; le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi; l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti; il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e

condizioni di lavoro; l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato; il costo del lavoro).

Inoltre, ai sensi del successivo art. 88 c. 33 ” *La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite*”.

2.2. La giurisprudenza ha chiarito che il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, di natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'Amministrazione, di per sé insindacabile salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto; conseguentemente la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo, mentre la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (Consiglio Stato, sez. V, 23 novembre 2010 n. 8148).

In mancanza il giudice amministrativo, nel sindacare le valutazioni espresse dall'Amministrazione appaltante, non può sostituirsi ad essa effettuando un autonomo giudizio di congruità, ma deve limitarsi ad un sindacato solo estrinseco, controllando la logicità dell'iter motivazionale del provvedimento di esclusione alla luce delle giustificazioni fornite dall'impresa nel sub procedimento di verifica dell'anomalia (T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 8 ottobre 2010, n. 769).

2.3. Nella specie, la commissione di gara, rilevata l'anomalia dell'offerta della ricorrente, con nota del 17.2.2010 richiedeva “giustificativi” in ordine alle voci d'analisi dei singoli prezzi rilevando che: “ per la voce 292 relativa al prezzo T06.04f “F.T.P. di corpi scaldanti” viene indicato un valore negativo per l'approvvigionamento dei materiali ed una elevatissima ed incongruenza in ordine alle spese del personale; in tutte le voci dell'analisi prezzi risulta riportata

L'incidenza per i noli a caldo ed a freddo, ciò anche per le lavorazioni che non necessiterebbero di noli ed, in ogni caso, tale incidenza non è supportata da idonei preventivi e/o contratti preliminari; da una verifica effettuata sul costo del personale, lo stesso appare sottostimato rispetto alle reali esigenze del cantiere.

L'impresa produceva ulteriori giustificazioni in data 12 marzo 2010.

La p.a., con nota del 28 aprile 2010, obiettava che l'impresa aveva chiarito di voler offrire in subappalto l'esecuzione di parte dei lavori edili all'impresa CRI Costruzioni, diversamente da quanto indicato nelle giustificazioni prodotte in data 23.12.2009 nelle quali tali lavorazioni venivano invece eseguite in proprio, e che, comunque:

- a) “le lavorazioni che verrebbero ad essere eseguite dalla ditta CRI Costruzioni, oltre a superare il limite del 30% della categoria prevalente (OG1) come stabilito dall'art. 118 c.2 del d.lgs. 163/2006 non risultano corredate da alcun giustificativo”;
- b) “il conteggio delle ore complessive del personale è di 26,61 ore pari a 14,26 uomini/giorno. Il costo del personale continua ad essere sottostimato rispetto alle reali esigenze del cantiere”;
- c) “i preventivi non hanno validità per tutta la durata dei lavori e comunque per almeno un anno; inoltre non tutti sono stampati su carta intestata dei fornitori né vi è un timbro con la ragione sociale della ditta, le firme sono illeggibili o mancano del tutto”;
- d) non sono riportati i preventivi dei materiali di cui alle voci n. 382 e 383;
- e) non è dato conoscere il riduttore dei conglomerati bituminosi nel preventivo della ditta F.lli Pantaleo;
- f) il preventivo della ditta Hidro Rain srl riporta nei prezzi 204, 205, 207, 208, 244, 257, 260 e 308, anche la posa in opera di tali lavorazioni, pertanto non è dato conoscere se tali lavori siano da subappaltare al suddetto fornitore.”

Successivamente, l'impresa veniva convocata a fornire ulteriori giustificazioni e in data 10 maggio 2010 si esperiva il contraddittorio; in tale sede venivano confermate le perplessità relative al costo del personale rilevando che il nuovo conteggio operato dalla stessa comportava "un costo per il personale addirittura superiore a quanto ricavabile dalle giustificazioni originarie".

Successivamente, con nota dell'1 giugno 2010, terminato il procedimento di verifica dell'offerta in contraddittorio, la ICE ha proposto un nuovo monte orario pari a 11.377,53 ore a fronte di un costo della manodopera di € 2.84.414, calcolando un numero di lavoratori presenti in cantiere di 8,13 operai/giorno.

2.4. Tale rapporto è tuttavia contestato dall'amministrazione comunale la quale invece evidenzia che il numero di operai/giorno è pari a 5,47, ottenuto dal rapporto tra il monte orario (ore 11,3777,531) indicato dall'impresa rispetto alle giornate lavorative annue (260) e alle ore lavorative (8).

2.5. In primo luogo non sussiste il lamentato difetto motivazionale.

Difatti la motivazione deve ritenersi sufficiente in relazione al rinvio per relationem ai documenti e alle verbalizzazioni pregresse, in adesione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui "non si può predicare il difetto di motivazione de quo dal mero dispositivo dell'atto di esclusione, quando dai verbali della stazione appaltante e dalla copiosa corrispondenza intercorsa inter partes e versata in atti si evince al contrario una dovizia di dati tutti concordanti sull'accertata anomalia" (T.A.R. Lazio Sez. II 4 maggio 2010 n. 9341).

Peraltro, nella fattispecie, la stazione appaltante ha effettuato diverse fasi di verifica con la conseguenza che dal contesto delle stesse e dalle verbalizzazioni effettuate si ricava l'iter logico giuridico seguito dalla stazione appaltante.

2.6. Del pari infondate sono le ulteriori censure espresse dalla ricorrente secondo la quale la stessa avrebbe fornito giustificativi idonei ad escludere l'incongruità dell'offerta.

Piuttosto, la descrizione delle giustificazioni fornite dalla ricorrente evidenzia la presenza degli indici di anomalia ed inaffidabilità dell'offerta, laddove le stesse anziché giustificare gli elementi a corredo dell'offerta hanno tentato di modulare e rimodulare i prezzi offerti mediante una prima indicazione di un subappalto non contenuto nell'offerta, superiore al 30% circa e poi ritirato, una diversa ed alternante indicazione del costo del personale in relazione al numero degli operai utilizzati.

2.7. In particolare, con riferimento a quest'ultima voce la ricorrente ha fornito elementi discordanti e non univoci modificando tali dati ad ogni giustificativo.

In proposito, si è affermato condivisibilmente che un siffatto modo di concepire il procedimento di verifica dell'anomalia, che realizza sostanzialmente, la formulazione di una nuova offerta, si risolve nella radicale vanificazione delle regole in materia di gare pubbliche e contrasta con il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, poichè il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, come confermato dall'art. 86 comma 5, Codice dei contratti pubblici il quale richiede che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione. Da ciò discende, in generale, l'inaccettabilità delle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta, che viceversa non è stata adeguatamente meditata, risultino tardivamente dirette ad un'allocatione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata (Consiglio Stato , sez. V, 12 marzo 2009 , n. 1451). La possibilità di rimodulare i costi in sede di giustificazioni, infatti, può indurre i partecipanti a presentare offerte a basso costo per poi successivamente effettuare le necessarie correzioni per evitare l'anomalia.

2.8. Nella specie, la dimostrazione dell'asserita congruità dell'offerta non è ricavabile né dalle giustificazioni presentate a corredo dell'offerta stessa, ex art. 86, comma 5, del D.lgs. n. 163/06, né dai successivi chiarimenti forniti nell'audizione sicchè il giudizio di anomalia formulato dalla stazione appaltante resiste alle censure formulate nel ricorso.

3. Del pari infondate sono poi le censure espresse nei motivi aggiunti rivolte nei confronti della determina n. 3382 del 28 dicembre 2010 con la quale la P.A., a seguito dell'invito della ricorrente a riattivare il contraddittorio per l'analisi delle giustificazioni, ha respinto la richiesta di rivalutazione dei giustificativi prodotti e confermato il giudizio di anomalia dell'offerta presentata dalla ICE srl.

3.1. In primo luogo, non sussiste la dedotta illegittimità del provvedimento impugnato per illegittimità dell'integrazione postuma della motivazione.

Difatti, con l'atto citato la P.A. ha inteso fornire riscontro alla richiesta avanzata dalla ricorrente di riattivare il contraddittorio sul giudizio di anomalia dell'offerta, respingendo la richiesta ed esplicitandone le ragioni, sicchè nella specie si è trattato di un provvedimento di conferma di altro atto precedentemente assunto e non già di integrazione della motivazione espressa in un atto difensivo.

Del resto, se una motivazione incompleta può essere integrata e ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, così può ipotizzarsi che l'Amministrazione convaldi il provvedimento integrandone in un secondo momento la motivazione; difatti, l'integrazione della motivazione può pur sempre avvenire da parte dell'Amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento medesimo o mediante un successivo provvedimento di convalida, nel mentre gli argomenti difensivi dedotti nel processo avverso il provvedimento, proprio in quanto non inseriti in un procedimento amministrativo, non sono idonei ad integrare in via postuma la motivazione (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 11 marzo 2010, n. 768).

3.2. Anche le altre censure non colgono nel segno.

3.3. Quanto al rilievo formulato dall'Amministrazione in ordine alla inammissibilità del subappalto di alcuni lavori edili all'impresa CRI, dichiarazione non formulata in sede di offerta, la P.A. ha chiarito di non aver considerato detta circostanza atteso che altrimenti avrebbe dovuto escludere l'impresa per violazione dei limiti di legge sicchè il giudizio si è limitato alla valutazione dell'assenza di preventivi e/o offerte dei fornitori.

Il rilievo dell'Amministrazione è legittimo, né poteva consentirsi la possibilità di giustificare l'anomalia mediante la modifica delle voci di costo oggetto di contraddittorio, conferendo ad esse valori diversi rispetto a quelli indicati nella documentazione presentata al momento della gara, dato che risulterebbe di fatto vanificata la procedura concorsuale stessa, che è basata sulla perfetta parità tra tutti i partecipanti. (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 09 dicembre 2010, n. 35952).

3.4. E' pure infondata la censura espressa nei motivi aggiunti in ordine al costo della manodopera.

In proposito, come già evidenziato in punto di disamina dei motivi di ricorso, la ricorrente ha formulato giustificativi contraddittori e comunque non soddisfacenti arrivando a rilevare originariamente un costo complessivo per il personale pari ad Euro 282.567,46 ed un monte ore pari a 11.377,53, mentre nelle integrazioni successive, si dichiara che le ore lavorate sono pari a 26.061,53 (da cui discenderebbe un costo complessivo per la manodopera pari a circa € 647.252,99). Tale circostanza già di per se sola dimostra l'inattendibilità dell'offerta e delle giustificazioni non potendo le stesse essere modulate e modificate nella struttura organizzativa a seconda dei rilievi formulati dalla stazione appaltante, dovendo invece avere precisi, concordanti ed immutabili dati di riferimento.

A superare tale rilievo non può neppure accogliersi la tesi dell'errore di calcolo, non essendosi trattato di un mero errore matematico su dati certi ma di una vera e propria rimodulazione dell'offerta in ordine a tale voce.

3.5. Tali rilievi sono di per sé sufficienti a sorreggere la legittimità del provvedimento impugnato.

4. Il ricorso va, pertanto, complessivamente respinto.

4.1. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali in favore della Impresa Gaudadiello e della Provincia di Lecce liquidate complessivamente in Euro 5.000,00, (da ripartirsi fra le due parti costituite nella misura del 50% per ciascuna) oltre Iva e Cpa.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2011

IL SEGRETARIO

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