



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3502 del 2013, proposto da:

RI.CE. COSTRUZIONI GENERALI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, in qualità di capogruppo dell'associazione temporanea di imprese (A.T.I.) con Tecnotema s.r.l. e Opus Costruzioni S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Emanuele D' Alterio, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, 34;

contro

COMUNE DI SANT'ANTIMO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Cesare Loria, con domicilio eletto presso Cesare Loria in Roma, via Mantova, n. 13;

nei confronti di

GINEVRA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, mandataria dell'A.T.I. costituita con Cost.el. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Beniamino Verde e Luigi Cesaro, con domicilio eletto presso Luigi Cesaro in Roma, via Asmara, n. 26;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA, Sez. VIII, n. 464 del 23 gennaio 2013, resa tra le parti, concernente esclusione gara affidamento lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria dei plessi scolastici;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Antimo e della Ginevra s.r.l., nella qualità in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2013 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati D'Alterio e Loria, in proprio e per delega dell'avvocato Verde;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. In data 20 maggio 2011 il Comune di S. Antimo ha bandito una gara a procedura aperta, ai sensi dell'art. 55, comma 3, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per l'affidamento per tre anni della manutenzione ordinaria e straordinaria, programmabile e non programmabile, nei plessi scolastici di ogni ordine e grado e negli edifici

pubblici, per un importo complessivo di €. 1.125.000,00 (categ. prev.: OG1; classifica III, compresi gli oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza non soggetti a ribasso per un importo di €. 30.000,00, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

All'esito della gara la migliore offerta è risultata quella dell'A.T.I. formata da RICE. Costruzioni Generali s.r.l., Tecnotema s.r.l. e Opus Costruzioni S.p.A. (d'ora in avanti A.T.I. RICE.); tuttavia, in considerazione della sua anomalia, ai sensi dell'art. 86, comma 2, dello stesso D. Lgs. n. 163 del 2006, la predetta A.T.I. è stata invitata a produrre le giustificazioni di cui all'art. 87, comma 2.

Chieste poi integrazioni alle giustificazioni fornite (giusto verbale n. 6 del 2 febbraio 2012) e disposta anche la convocazione del legale rappresentante della citata A.T.I. per ulteriori chiarimenti, la commissione di gara, esaminate tutte le giustificazioni e tenuto conto dei chiarimenti forniti nel corso dell'audizione (verbale n. 8 del 5 maggio 2012), ha ritenuto non congrua e affidabile l'offerta presentata, non risultando giustificato "...in maniera esaustiva il ribasso offerto in sede di gara...", giacché "...le giustificazioni proposte non garantiscono il rispetto di tutti gli aspetti normativi, da considerare per la giustificazione dell'anomalia dell'offerta", decidendo di non procedere all'aggiudicazione e "...demandando l'Ufficio LL.PP. a richiedere le giustificazioni al secondo classificato ai sensi dell'art. 86 del D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i." (verbale n. 9 del 26 marzo 2012).

Di tanto l'A.T.I. RICE. è stata informata con nota prot. 11208 del 5 aprile 2012.

Con successiva determinazione n. 111 del 12 luglio 2012 la gara in questione è stata definitivamente aggiudicata all'A.T.I. tra Ginevra s.r.l. e Cost.el. s.r.l. (d'ora in avanti A.T.I. Ginevra s.r.l.).

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. VIII, con la sentenza n. 464 del 23 gennaio 2013, nella resistenza dell'intimata amministrazione comunale di S. Antimo, ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dall'A.T.I. RICE. per l'annullamento dei predetti provvedimenti, ritenendo corretto e legittimo l'operato dell'amministrazione appaltante, e per esso della commissione di gara, sia quanto al procedimento di verifica della congruità dell'offerta, sia quanto al giudizio finale di inaffidabilità della stessa.

3. RICE. Costruzioni generali s.r.l., capogruppo dell'A.T.I. con Tecnotema s.r.l. e Opus Costruzioni S.p.A., ha lamentato l'erroneità e l'ingiustizia di tale sentenza, chiedendone la riforma alla stregua di due motivi di gravame, rubricati rispettivamente il primo "Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 86 e segg. D. Lgs. n. 163/06 – Eccesso di potere – Sviamento – Erroneità dell'istruttoria e della motivazione" e il secondo "Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione art. 86 e segg. D. Lgs. n. 163/06".

Sono state in tal modo sostanzialmente riproposte le censure sollevate in primo grado, ad avviso dell'appellante malamente apprezzate, superficialmente esaminate ed inopinatamente respinte con motivazioni approssimative, erronee e affatto condivisibili.

Hanno resistito al gravame il Comune di S. Antimo e l'A.T.I. Ginevra s.r.l., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

All'udienza in camera di consiglio dell'11 giugno 2013, fissata per la decisione sull'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, la causa è stata rinviata per la decisione del merito all'udienza pubblica del 9 luglio 2013.

4. Le parti hanno provveduto ad illustrare con apposite memorie le proprie tesi difensive.

All'udienza pubblica del 9 luglio 2013, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. I motivi di gravame, che, in quanto strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati, il che consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, spiegata in primo grado dalla difesa del Comune di S. Antimo ed espressamente riproposta anche nel

presente grado di giudizio.

5.1. In tema di verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce *jus receptum* che: a) il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (C.d.S., sez. V, 26 giugno 2012, n. 3737; 22 febbraio 2011, n. 1090; 8 luglio 2008, n. 3406; 29 gennaio 2009, n. 497); b) il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, cosa che rappresenterebbe invece un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (C.d.S., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 11 maggio 2012, n. 2732); c) anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può intervenire, fermo restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione (C.d.S., sez. V, 6 giugno 2012, n. 3340; 29 febbraio 2012, n. 1183); d) sebbene, poi, la valutazione di congruità debba essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono (C.d.S., sez. V, 27 agosto 2012, n. 4600; sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785; sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2070; sez. VI, 2 aprile 2010, n. 1893; sez. V, 18 marzo 2010, n. 1589; 12 giugno 2009, n. 3762), non può considerarsi viziato il procedimento di verifica per il fatto che l'amministrazione appaltante ovvero la commissione di gara si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrare la congruità, può fornire, ex art. 87, comma 1, D. Lgs. n. 163 del 2006, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e quindi anche su voci non direttamente indicate dall'amministrazione come incongrue, così che se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni (C.d.S., A.P., 29 novembre 2012, n. 36).

5.2. Applicando tali consolidati e condivisibili principi alla fattispecie in esame, i provvedimenti impugnati in primo grado non meritano censura alcuna, come correttamente ritenuto dai primi giudici.

5.2.1. E' innanzitutto da sottolineare che, come emerge dalla documentazione in atti, la commissione di gara, lungi dal limitarsi ad esprimere un generico giudizio di anomalia dell'offerta presentata dall'A.T.I. RICE, in relazione al costo del lavoro, ha specificamente individuato singole voci dell'offerta (ed esattamente le tariffe: L.02.10.10.b; L. 02.10.10.c; L.02.10.10.d.; L. 02.10.10.e; L. 02.10.20.a; L. 02.10.20.b; L.03.100.20.c; R. 06.10.20.a; I.02.10.30.d; I.02.10.90.b; E.12.10.80.b; E.08.20.90.a) in riferimento alle quali per detto costo risultava un significativo (e non altrimenti) scostamento dal Prezzario dei Lavori Pubblici 2009 della Regione Campania, chiedendo a tal fine le relative giustificazioni, anche in ordine alle spese generali e all'utile d'impresa sull'intero importo dell'appalto (verbale n. 6 del 2 febbraio 2012).

Come si evince dal successivo verbale n. 7 del 24 febbraio 2012, esaminate le giustificazioni pervenute e ritenute non esaustive (anche in tale occasione con una puntuale motivazione, in particolare per non aver " ...sufficientemente giustificato l'anomalia dell'offerta nell'ambito dell'aliquota di appalto dei lavori a misura" e perché "...il quadro riassuntivo non chiarisce il riparto tra: 1. lavori a misura; 2. lavori in economia; 3. spese

generali”), è stata disposta la convocazione del legale rappresentante per chiarire “...i rilievi di cui ai punti sopra richiamati a giustificazione di quanto riportato nella documentazione presentata in data 17.02.2012”.

Solo all’esito di detta audizione e della complessiva valutazione di tutte le giustificazioni prodotte la commissione di gara (verbale n. 9 del 26 marzo 2012) ha espresso il proprio definitivo parere negativo sull’anomalia dell’offerta in esame, rilevando che i prezzi offerti relativamente alle voci oggetto di verifica, ancorché calcolati – come sottolineato nel corso della predetta audizione dal legale rappresentante dell’A.T.I. – con un ribasso del 51%, non risultavano “...giustificati neanche applicando un ribasso del 48,986% (effettivamente offerto), precisando anche che non erano stati forniti “...adeguati chiarimenti in merito alla presunta compensazione tra i prezzi non giustificati e quelli ampiamente remunerativi, che l’impresa ritiene maggiormente utilizzati nell’appalto”, aggiungendo poi che era non stato adeguatamente chiarito il riparto dell’utile d’impresa e delle spese generali sui lavori a misura e su quelli in economia e concludendo nel senso che “...le giustificazioni proposte non garantiscono il rispetto di tutti gli aspetti, anche normativi, da considerare per le giustificazioni dell’anomalia dell’offerta”.

Sulla scorta di tali elementi di fatto deve escludersi che il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta in esame, come dedotto dall’appellante, sia stato inficiato da un’istruttoria superficiale, approssimativa e complessivamente carente, laddove per converso esso risulta essere stato caratterizzato da un’articolata, puntuale e motivata attività di indagine, volta a consentire l’emersione di tutti gli elementi idonei a superare l’originario dubbio sulla congruità dell’offerta presentata.

5.2.2. Sotto altro concorrente profilo deve rilevarsi che non può costituire sintomo di difetto di istruttoria (e tanto meno di eccesso di potere per sviamento) la (pacifica) circostanza che la commissione di gara, ritenendo anomali e non congrui i prezzi offerti relativamente a (sole) dodici voci (su quarantatre), non abbia esteso la verifica di anomalia alle altre rimanenti voci, che, secondo la tesi dell’appellante, avrebbe consentito di apprezzare la piena adeguatezza e affidabilità dell’offerta nel suo complesso.

Richiamando i principi enunciati sub 5.1., è sufficiente osservare che, anche a voler prescindere dalla manifesta irragionevolezza della eventuale richiesta della commissione di gara di chiedere la giustificazione dei prezzi di voci dell’offerta (o di altri elementi della stessa) che non risultavano manifestamente incongrui, era onere dell’impresa giustificare le incongruità dei prezzi delle voci dell’offerta indicate dalla commissione di gara facendo riferimento, se utile e/o necessario, ad altre voci ovvero ad altri specifici elementi dell’offerta idonei a rendere complessivamente congrua ed affidabile l’offerta presentata; onere il cui mancato pacifico adempimento non può in alcun modo influire sulla legittimità dell’operato della commissione e sul giudizio conclusivo di anomalia dell’offerta.

Non risulta nemmeno violato il principio di globalità e di sinteticità del giudizio di anomalia (ovvero di non giustificazione dell’anomalia), specialmente invocato dall’appellante, con riferimento alla circostanza che la commissione di gara avrebbe limitato il giudizio di anomalia (e la conseguente verifica) soltanto al costo del lavoro di alcune voci dell’offerta, senza neppure tener conto della obiettiva minima incidenza di esse (12 su 43) sull’offerta complessivamente considerata: infatti, le voci dell’offerta indicate dalla commissione costituivano ragionevolmente “elementi sintomatici” della complessiva inaffidabilità dell’offerta presentata (spettando - come si è detto - all’impresa interessata dimostrare che anche la loro eventuale inadeguatezza non era idonea a scalfire la complessiva congruità dell’offerta), così che risulta del tutto irrilevante anche la pretesa mancata valutazione della asserita, ma neppure provata, minima incidenza delle voci contestate rispetto all’offerta in generale.

5.2.3. In ordine poi al definitivo giudizio negativo sull’anomalia dell’offerta dell’A.T.I. appellante, espresso dalla commissione di gara nel verbale n. 9 del 26 marzo 2012, non può che riconoscersene la legittimità, tanto più che,

come già ricordato, esso costituisce tipica manifestazione della discrezionalità tecnica di cui è titolare la pubblica amministrazione, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale salvi i casi di macroscopica illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza e/o travisamento dei fatti, che tuttavia non ricorrono nel caso di specie.

Al riguardo, precisato che l'incongruità dei prezzi relativi a dodici voci dell'offerta presentata dall'A.T.I., relativamente all'incidenza del costo del lavoro, è stata fondata dalla commissione di gara su un elemento certo ed obiettivo, quale il notevole scostamento - per le singole voci dell'offerta - del costo del lavoro rispetto a quello indicato nel Prezzario Lavori Pubblici 2009 della Campania (fonte che non è stata neppure contestata dalla parte interessata), non può sottacersi che le giustificazioni prodotte, ivi compresi i chiarimenti forniti dal legale rappresentante dell'A.T.I. nel corso della disposta audizione orale), non si sono mai rivolte in particolare, come pure sarebbe stato necessario in considerazione della specificità della richiesta della commissione di gara, al costo del lavoro (ed alla relativa incidenza sul prezzo della voce in contestazione), essendosi piuttosto profuse nello sforzo di dimostrare in linea generale la congruità del prezzo offerto per la singola voce indicata dalla commissione: così facendo tuttavia non sono stati forniti, come ha puntualmente sottolineato la commissione di gara, elementi sufficienti ad eliminare i dubbi e le incertezze sulla congruità dei prezzi di quelle voci ed in generale sull'affidabilità delle offerte, non potendo evidentemente riconoscersi alcun valore obiettivo e di ragionevole certezza alle osservazioni svolte anche sulle modalità della ripartizione dell'incidenza del prezzo tra lavoro e materiali da utilizzare (giunte finanche genericamente a mettere in dubbio la effettiva incidenza del costo del lavoro così come indicata nel ricordato Prezzario dei Lavori Pubblici 2009 della Campania).

Deve poi aggiungersi che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, il giudizio di incongruità dell'offerta presentata non è stato affatto basato sul preteso mancato rispetto dei minimi salariali, quanto piuttosto sulla mancata adeguata giustificazione della diversa - e notevolmente inferiore - incidenza del costo del lavoro quanto alle voci dell'offerta oggetto di verifica rispetto all'incidenza indicata nella più volte citata fonte di riferimento (Prezzario dei Lavori Pubblici 2009 della Campania).

In definitiva, non avendo l'A.T.I. RICE. indicato neppure aliunde, vale a dire con riferimento ad altri elementi dell'offerta, diversi da quelli indicati dalla commissione di gara, ragionevoli ed obiettivi elementi (di fatto) indizianti (dell'effettiva illogicità, irragionevolezza o irrazionalità della valutazione dell'amministrazione e conseguentemente) della congruità e affidabilità complessiva della propria offerta, le relative contestazioni e deduzioni (ivi comprese quelle relative alla asserita esperienza maturata nell'esecuzione di appalti analoghi) non possono che essere considerate alla stregua di un inammissibile mero dissenso rispetto all'operato dell'amministrazione.

6. In conclusione alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da RICE. Costruzioni Generali s.r.l., quale capogruppo dell'A.T.I. con Tecnotema s.r.l. e Opus Costruzioni S.p.A., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. VIII, n. 464 del 23 gennaio 2013, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore del Comune di S. Antimo e dell'A.T.I. Ginevra s.r.l. delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 6.000,00 (seimila) [€. 3.000,00 (tremila) ciascuno].

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carminé Volpe, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2013

IL SEGRETARIO

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