



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1738 del 2013, proposto da:

Jonica Ingegneria s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Perrone e Vito Pagliarulo, elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Maria Antonietta Nigro in Lecce, via Nullo D'Amato, 2;

contro

Comune di Palagianello, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Misserini, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Agnese Caprioli in Lecce, via Luigi Scarambone, 56;

nei confronti di

Colaninno Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Nilo, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria, 9;

per l'annullamento

- della determinazione R.G. 530 del 5 agosto 2013, trasmessa a mezzo pec unitamente alla nota prot. n. 2013/0006767 del 5 agosto 2013;
 - dei verbali della Commissione di verifica della congruità aventi data 3 giugno 2013, 10 giugno 2013 e 16 luglio 2013, riportanti il giudizio d'anomalia dell'offerta presentata dalla società odierna ricorrente;
 - della richiesta di chiarimenti di cui alla nota prot. n. 3629 del 22 aprile 2013;
 - della richiesta di chiarimenti di cui alla nota prot. n. 5164 dell'11 giugno 2013;
 - del bando di gara, del capitolato speciale di appalto e del disciplinare in parte qua;
 - della determinazione n. 636 del 14 ottobre 2013 di aggiudicazione definitiva;
 - di tutti i verbali di gara in parte qua;
 - di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato;
nonché per la condanna a disporre il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e per la condanna del Comune di Palagianello al risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palagianello e di Colaninno Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2013 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi, nei preliminari, l'avv. V. Pagliarulo per la ricorrente, l'avv. G. Misserini per il Comune resistente e l'avv. L. Nilo per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. La Jonica Ingegneria s.r.l. ha partecipato alla gara d'appalto, da espletarsi mediante procedura aperta, indetta dal Comune di Palagianello con determinazione n. 84 dell'1 febbraio 2013, per l'esecuzione dei lavori di realizzazione della Casa della Salute – 2° lotto, per un importo a base d'asta di € 566.037,78, oltre oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso di € 10.053,13, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; il primo lotto dei medesimi lavori era stato già aggiudicato alla ricorrente all'esito di una diversa ed autonoma procedura di gara.

La stazione appaltante, sulla scorta del punteggio conseguito da quest'ultima nella gara in questione, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria in suo favore.

Tuttavia, essendo emerso un sospetto di anomalia dell'offerta, è stato avviato dall'Amministrazione un sub-procedimento di verifica con la richiesta di giustificazioni alla ricorrente sull'entità del ribasso (pari al 23,98%), soprattutto con riferimento alle seguenti componenti: "materiali, attrezzature, macchinari e beni da fornire; costo del lavoro e della sicurezza; spese generali; utile aziendale" (cfr. nota del Comune di Palagianello n. 2013/0003629 del 22 aprile 2013).

Detto sub-procedimento si è concluso con l'adozione della determinazione n. 530 del 5 agosto 2013, comunicata alla ricorrente con nota prot. 2013/0006767 del 5 agosto 2013, con cui è stata disposta l'esclusione della Jonica Ingegneria, essendo stata, la relativa offerta, giudicata anormalmente bassa dalla commissione all'uopo nominata (cfr. determinazione n. 356 del 24 maggio 2013).

La gara, pertanto, è stata aggiudicata, in via definitiva, alla Colaninno Costruzioni s.r.l., con determinazione n. 636 del 14 ottobre 2013.

Avverso i predetti provvedimenti è insorta la ricorrente, che lamenta i seguenti motivi di illegittimità:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e in diritto, difetto dei presupposti e di motivazione, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria;

b) nullità derivata dell'aggiudicazione definitiva.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, il comune di Palagianello e la Colaninno Costruzioni s.r.l.

Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2013, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

II. In via preliminare, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dal Comune di Palagianello per l'omessa impugnazione del diniego tacito di autotutela formatosi sul preavviso di ricorso.

In proposito si osserva che, ai sensi dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, prima di esperire il giudizio, le imprese sono tenute ad inviare alla stazione appaltante un'informativa che manifesti l'intento di proporre ricorso; quest'ultima decide se intervenire in autotutela entro 15 giorni.

“La ratio della norma è rinvenibile nell'esigenza di adottare un meccanismo capace di ridurre l'area delle controversie sottoposte alla cognizione del giudice, attraverso la risoluzione anticipata della lite (cfr. Consiglio di Stato - parere 1/2/2010 n. 368 sullo schema di decreto legislativo di recepimento della "direttiva ricorsi"). Ci

troviamo di fronte ad uno strumento preventivo destinato a dirimere la causa che sta per essere promossa, e la collocazione della relativa norma - immediatamente dopo gli istituti della transazione, dell'accordo bonario e dell'arbitrato - attesta il suo inquadramento tra i rimedi alternativi al contenzioso, in un'ottica deflativa per la quale l'investitura del giudice rappresenta l'estrema ratio, essendo preceduta da sistemi extragiudiziali di risoluzione delle liti (le cd. alternative dispute resolutions).

Il comma 3 puntualizza che "L'informativa ... non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, ... né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale". Se, sotto quest'ultimo profilo, si è inteso evitare che, attraverso la richiesta del riesame del provvedimento, venisse eluso il termine decadenziale di impugnazione - coerentemente con gli obiettivi di celerità dell'azione amministrativa e di certezza delle situazioni giuridiche - ad avviso del Collegio si può trarre l'ulteriore spunto per cui il legislatore ha configurato un procedimento amministrativo "parallelo" all'azione in giudizio, che può anche non interferire (in caso di diniego della stazione appaltante) con la seconda e concludersi dopo che la causa è stata introdotta. Infatti la stazione appaltante ha 15 giorni per esprimersi e si può ragionevolmente ipotizzare che l'impresa insoddisfatta abbia bisogno di un congruo lasso temporale per apprezzare compiutamente le proprie ragioni, contattare il legale, elaborare e trasmettere l'informativa, cosicché il termine di conclusione del procedimento si avvicina verosimilmente all'ultimo giorno utile per la proposizione del ricorso. Del resto il comma 5 individua tra i "comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile" soltanto l'omesso invio dell'informativa, mentre analoga sanzione non è prevista per l'impresa che decide di agire in giudizio anche se la risposta non è ancora pervenuta.

Il delineato ragionamento induce a ritenere che la statuizione dell'amministrazione sull'informativa non debba necessariamente essere oggetto di autonoma impugnazione, in quanto si pone esternamente ad un procedimento di gara che si è già esaurito ed è censurabile entro un termine breve di 30 giorni" (in termini, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 marzo 2011, n. 372).

Il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dalle conclusioni cui è giunto, sull'argomento, il TAR lombardo; l'eccezione di inammissibilità proposta dalla parte resistente è quindi da respingere.

III.0. Nel merito, va evidenziato che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è stato correttamente iniziato dalla stazione appaltante, in applicazione di quanto disposto dall'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006.

La sopra citata disposizione ipotizza casi in cui vi è l'obbligo di dar corso alla verifica dell'anomalia dell'offerta, che sono quelli individuati dalla legge (commi 1 e 2), e casi in cui è riservata all'Amministrazione la facoltà, nell'esercizio della discrezionalità che connota dette valutazioni, di sottoporre a verifica autonomamente, in base ad elementi specifici, situazioni di anomalia diverse da quelle prestabilite (comma 3, che testualmente recita: "In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa") (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4193, che conferma Tar Lazio, Roma, sez. III, n. 4757 del 2012).

In particolare, la verifica dell'anomalia addirittura si impone - anche qualora non sussistano i presupposti che ne comportano l'obbligatorietà - quando gli elementi dell'offerta e l'entità del ribasso complessivo non trovano adeguata giustificazione negli atti e presentano profili oggettivi e evidenti di anomalia o comunque sono idonei a destare seri dubbi in ordine alla congruità dell'offerta, come prevede l'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 (Consiglio di Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6442).

Ciò posto, nella fattispecie, avendo l'Amministrazione puntualmente motivato in ordine alle ragioni che l'anno indotta ad avviare il sub-procedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d.lgs. n.

163/2006 - rinvenibili soprattutto nel ribasso notevolmente superiore alla media degli appalti aggiudicati dalla medesima stazione appaltante con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nell'evidente scostamento dell'offerta rispetto ai ribassi percentuali proposti dalle ditte partecipanti alla gara per l'aggiudicazione del 1° lotto dei lavori in questione - non si ravvisano profili di irragionevolezza o arbitrarietà nella relativa scelta.

III.1. Sempre in via preliminare e al fine di stabilire il limite del sindacato del giudice amministrativo rispetto al giudizio di anomalia delle offerte nell'ambito di un procedimento di evidenza pubblica, va chiarito che esso rappresenta, per giurisprudenza costante, una tipica valutazione tecnico-discrezionale, in cui sono presenti in modo frammisto anche valutazioni di opportunità e/o convenienza operate dall'Amministrazione; pertanto, è sindacabile da parte del Giudice Amministrativo soltanto ove sussistano errori di fatto, aspetti di irrazionalità, contraddizioni logiche, istruttoria inadeguata e motivazione incongrua. Esso è il frutto di un'analisi globale e sintetica delle singole componenti che costituiscono l'offerta e mira a valutare se l'anomalia di ciascuna voce del prezzo offerto si traduca nell'inattendibilità della stessa offerta complessiva; ciò vuol dire che il giudizio di anomalia non deve necessariamente essere finalizzato a rinvenire inesattezze in ogni singola componente, ma la valutazione della stazione appaltante può soffermarsi anche su talune componenti essenziali e rilevanti dell'offerta, atteso che lo scopo della verifica di anomalia è quello di valutare se essa sia nel suo complesso seria ed attendibile e trovi rispondenza nella realtà di mercato ed in quella aziendale.

IV. Ebbene, nel caso in esame il giudizio di anomalia è basato sulla valutazione di quattro componenti dell'offerta, vale a dire degli aspetti relativi al costo della manodopera, alla mancata indicazione degli oneri riguardanti talune categorie di lavori e dei costi del nolo delle betoniere e di pompaggio del calcestruzzo, nonché all'applicazione di costi di fornitura inferiori rispetto a quelli indicati nel listino regionale della Regione Puglia.

Il relativo procedimento si è regolarmente svolto in contraddittorio con l'interessata e il provvedimento che ne è scaturito è frutto di valutazioni che sono diretta espressione di tale dinamico confronto.

IV.1. Nello specifico, tra i rilievi contestati all'impresa ricorrente, particolare rilevanza assume quello relativo al costo della manodopera indicato nel quadro di congruità dalla stessa predisposto, pari a € 42.644,87, che è inferiore di circa 2/3 rispetto a quello indicato nell'elaborato progettuale posto a base di gara, ammontante a € 113.260,87. Sostiene la stazione appaltante che tale rilevante scostamento, una volta che risultano rispettati i minimi salariali, sarebbe da attribuire alla previsione di tempi di esecuzione delle singole lavorazioni molto ridotti se paragonati a quelli in media occorrenti per la tipologia e l'entità dell'opera da realizzare.

A tanto l'impresa ha replicato che la differenza tra il valore da essa indicato per il costo della manodopera e quello preventivato dalla stazione appaltante dipenderebbe dal fatto che i relativi dati sarebbero riferibili a proposte progettuali diverse e che, a ben guardare, nella propria offerta, l'incidenza di tale costo su quello complessivo dell'opera rimarrebbe comunque fermo al 20%, esattamente la medesima percentuale individuata in progetto dall'Amministrazione.

IV.2. All'evidenza, quella fornita dalla commissione è una motivazione che, se ritenuta scevra dalle censure articolate in ricorso, consente da sola di sostenere la legittimità dei provvedimenti impugnati.

IV.3. Ad avviso del Collegio, il fatto che l'Amministrazione abbia assunto, quale criterio di valutazione dell'anomalia dell'offerta, il tempo occorrente per le singole lavorazioni al fine di realizzare l'opera oggetto dell'appalto, non costituisce un elemento di illogicità del procedimento in questione, né esso si traduce in un giudizio strettamente tecnico, come tale riservato alla commissione di gara.

Ed invero, sebbene non esista un parametro normativo specifico per individuare il numero minimo di ore necessario ad eseguire le lavorazioni di che trattasi (non potendosi ritenere tale il D.M. dell'11 dicembre 1978 richiamato dalla

difesa del Comune - disatteso dalla stessa stazione appaltante nella redazione del progetto posto a base di gara - il quale, tenuto conto delle nuove tecnologie, può valere, tutt'al più, quale criterio indicativo di massima), tuttavia, avuto riguardo all'oggetto del contratto, è evidente che il tempo impiegato per la realizzazione di lavori di obiettiva complessità costituisce un elemento essenziale di valutazione della congruità dell'offerta, sia sotto il profilo economico che sotto quello della regolarità dell'esecuzione.

Peraltro, le giustificazioni addotte dalla ricorrente si rivelano inadeguate a dimostrare la congruità di tale voce di costo, essendosi essa limitata a fare un generico riferimento alla propria capacità organizzativa di mezzi e di personale che le avrebbe consentito di ottimizzare al meglio il fattore tempo (cfr. giustificazioni del 18 giugno 2013) e all'applicazione di un costo orario di riferimento della manodopera che sarebbe quello indicato da Confindustria Taranto, senza tuttavia fornire alcun principio di prova idoneo ad evidenziare l'illogicità o l'irragionevolezza del giudizio espresso dalla commissione.

Di contro, il percorso logico seguito dalla stazione appaltante è stato chiaramente rappresentato in tutta la fase del sub-procedimento (cfr. verbali versati in atti) e risulta immune dai dedotti vizi di illogicità ed incoerenza.

Essa ha ragionevolmente ritenuto che, se è ammissibile un ribasso sul costo dei materiali e delle forniture, non è altrettanto ammissibile ridurre nella stessa misura l'incidenza della manodopera e dei tempi necessari per la realizzazione dei lavori, che invece possono subire minimi ribassi; ciò in quanto i tempi di lavorazione indicati dall'impresa risultano di impossibile attuazione rispetto all'opera da realizzare, con evidenti rischi che la stessa non venga eseguita a regola d'arte.

Né l'impresa ha dimostrato, per esempio, in che modo avrebbe realizzato le economie preventivate durante il procedimento di costruzione, quali soluzioni tecniche avrebbe adottato per ottenere il risparmio stimato sul costo della manodopera o di quali condizioni favorevoli avrebbe potuto eventualmente disporre nell'eseguire i lavori.

IV.4. Neppure può condividersi l'assunto di parte ricorrente secondo cui la stazione appaltante avrebbe calcolato l'incidenza percentuale della manodopera rispetto al valore complessivo dell'appalto facendo riferimento ai soli costi diretti dichiarati dall'impresa nel quadro di congruità e non anche a quelli indiretti (ossia quelli riferibili al personale non direttamente dipendente dell'impresa perchè messo a disposizione dai fornitori per talune tipologie di forniture, compresi nel prezzo di queste e quindi già calcolati nelle voci del quadro di congruità relative al prezzo di acquisto o noleggio del relativo materiale o delle relative attrezzature).

Ed invero, a prescindere dalla considerazione che tale argomentazione non ha costituito oggetto di giustificazioni, ma è stata proposta per la prima volta in sede difensiva (cfr. memoria depositata il 7 dicembre 2013), non può escludersi che, se così fosse, il dato indicato dall'impresa relativo al costo complessivo della manodopera assumerebbe un margine di incertezza ancora maggiore, atteso che nelle diverse voci del quadro di congruità allegato all'offerta non sono stati dettagliati i costi c.d. indiretti che la Jonica Ingegneria avrebbe sostenuto in aggiunta a quelli diretti.

IV.5. Ne consegue che, anche a voler ritenere sufficienti le giustificazioni addotte dall'impresa circa la congruità dei prezzi delle forniture, calcolati tenendo conto di condizioni contrattuali che le ditte fornitrici si erano impegnate ad applicare sulla base di specifici preventivi, nonché le giustificazioni relative ai costi per i noli a caldo dei macchinari necessari alla posa e al pompaggio dei materiali, che sarebbero stati separatamente indicati nel quadro di congruità ai punti 3-art. 004, 4-art. 005 e 5-art. 006 (sebbene anche sul punto la stazione appaltante abbia ritenuto che essi siano anormalmente bassi rispetto alle lavorazioni da effettuare), non può essere nel complesso sindacata la valutazione della stazione appaltante sotto il profilo della logicità e della ragionevolezza, avuto riguardo all'incidenza che il costo della manodopera ha avuto sull'offerta della ricorrente in termini di ribasso.

IV.6. In conclusione, per tutte le argomentazioni che precedono, il ricorso va respinto perché infondato.

V. Avuto riguardo all'oggetto della controversia e alla tipologia dei provvedimenti impugnati (il giudizio di anomalia presenta evidenti caratteri di discrezionalità ed è, quindi, per sua natura suscettibile di differenti valutazioni), sussistono valide ragioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Simona De Mattia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2014

IL SEGRETARIO

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