



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 891 del 2010, proposto da:
Co.Str.L. di Lecca Giuliano, Antonio e Roberto s.n.c., in persona
del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Daniela
Piras e Sergio Segneri, presso il cui studio in Cagliari, via Sonnino n.
84, è elettivamente domiciliata;

contro

Comune di Nurri, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato
e difeso dagli avv.ti Massimiliano Marcialis e Manuela Peralta presso
il cui studio in Cagliari, via Cavalcanti n. 9, è elettivamente
domiciliato;

Commissione Gara relativa all'appalto per l'affidamento dei lavori di
"Consolidamento e messa in sicurezza della strada di collegamento al
lago Flumendosa", in persona del legale rappresentante e

Responsabile dell'Area Tecnica del menzionato comune, non costituiti in giudizio;

nei confronti di

I.Co.Gen. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Emanuela Vargiu e domiciliata presso la Segreteria del TAR Sardegna, in Cagliari via Sassari n. 17;

Gesuino Monni s.r.l., Sa.I.Bo. s.r.l. e Co.Me.Car. s.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento 27/8/2010 prot. n. 6228 con cui il Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Nurri, ha escluso la ricorrente dalla gara per l'appalto dei lavori di consolidamento e messa in sicurezza della strada di collegamento al lago Flumendosa;

degli atti relativi alla procedura di verifica di congruità dell'offerta ed in particolare:

del verbale n. 5 del 16/6/2010 e della nota prot. 4307 in pari data;

del verbale n. 6 del 2/8/2010 e della nota prot. 5606 in pari data,

del verbale del 6/8/2010, relativo all'audizione della ricorrente;

del verbale n. 7 del 27/8/2010;

del provvedimento 11/10/2010 prot. 7429 con cui il Responsabile dell'Area Tecnica ha confermato l'esclusione della ricorrente e respinto le censure da essa formulate;

di tutti gli atti relativi alle operazioni di gara

e per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato;
nonché per la condanna
dell'amministrazione intimata al risarcimento in forma specifica
mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata
e della I.Co.Gen.

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti.

Visti tutti gli atti della causa.

Nominato relatore per l'udienza pubblica del 26 gennaio 2011 il
Consigliere Alessandro Maggio e uditi l'avv. S. Segneri, per la
ricorrente, l'avv. M. Marcialis per l'amministrazione resistente e l'avv.
E. Vargiu per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il comune di Nurri ha bandito una procedura aperta per
l'affidamento dei lavori di "Consolidamento e messa in sicurezza
della strada di collegamento al lago Flumendosa", che, con
provvedimento 19/4/2010 n. 2719 del Responsabile dell'Area
Tecnica, è stata provvisoriamente aggiudicata alla Co.Str.L. di Lecca
Giuliano, Antonio e Roberto s.n.c., contestualmente invitata a
giustificare la congruità dell'offerta.

Quest'ultima, però, a conclusione del procedimento di verifica, è

stata giudicata anomala per insufficienza del monte ore previsto per eseguire l'opera ed è stata quindi esclusa dalla gara.

Ritenendo il provvedimento di esclusione illegittimo, la Co.Str.L. - previa notifica dell'informativa di cui all'art. 243 bis del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, esitata negativamente dal comune con nota 11/10/2010 n. 7429 -

lo ha impugnato chiedendone l'annullamento e domandando inoltre la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario e la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto.

Questi i motivi di gravame.

1) L'avversata esclusione si fonda su presupposti erronei.

1A) La Commissione di gara ha ritenuto incongruo il monte ore proposto dalla ricorrente perché inferiore del 31,5 % a quello che si ricava dall'analisi del progetto.

Allo scopo la detta Commissione ha fatto riferimento alle "linee guida procedurali per la verifica della congruità delle offerte anomale" emanate dal Ministero della Difesa con circolare 3/6/2009 n. D/CGEEN/05/20369.

Il ricorso a tali direttive è peraltro illegittimo, sia perché i parametri in esse contenuti si riferiscono agli appalti del Ministero della Difesa che hanno caratteristiche diverse da quello per cui è causa; sia perché l'applicazione dei criteri in esse contenuti presuppone che i

concorrenti siano stati preventivamente posti nelle condizioni di conoscere il modo di procedere che l'amministrazione intende seguire nella valutazione della congruità delle offerte attraverso l'inserimento nella lex specialis della gara di un prospetto da allegare all'offerta recante "gli articoli di lavoro concorrenti a formare l'appalto con indicate le incidenze temporali della manodopera" (allegato F alle citate linee guida); prospetto, nella specie, mancante.

1B) La Co.Stra.L. ha dimostrato in sede di gara che l'incidenza della manodopera sul prezzo offerto è pari al 19,43 %.

Tale incidenza, tenuto anche conto dell'attività prestata dai 3 soci della medesima società, è perfettamente congrua rispetto a quella individuata dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ai sensi dell'art. 1 commi 1173 e 1174 della L. 27/12/2006 n. 296 per le opere della categoria OG3.

1C) Il monte ore previsto dalla ricorrente, al netto dell'attività prestata dai soci, è in ogni caso congruo.

Nell'analisi dei prezzi allegata al progetto il monte ore presunto è stato quantificato in 14.263 ore, che abbattuto del 15 % (soglia indicata nella circolare del Ministero della Difesa e ritenuta ammissibile dalla stazione appaltante) porta ad un numero di ore totali pari a 12.123 a fronte delle 9770 indicate dalla odierna istante senza considerare l'attività prestata dai suoi tre soci.

1D) L'amministrazione ha ritenuto di non poter valutare l'attività di

costoro perché la ricorrente non ne avrebbe indicato il costo. Tuttavia, l'affermazione muove da un falso presupposto, ossia che per le società di persone che operano come imprese artigiane il lavoro dei soci d'opera costituisca un costo al pari di quelli sostenuti per i dipendenti, ma così non è. Infatti in tali imprese il lavoro dei soci viene remunerato attraverso la ripartizione degli utili, sui quali gli stessi versano gli oneri contributivi.

Conseguentemente non è ipotizzabile un rapporto di subordinazione tra soci e società ed è inconferente il richiamo ad istituti (minimo retributivo, orario contrattuale ecc.), tipici del solo rapporto di lavoro subordinato.

In ogni caso la Co.Stra.L. ha indicato un utile del 7 %, superiore alla soglia del 4 % di cui alle linee guida del Ministero della Difesa a cui ha fatto riferimento la stazione appaltante nel verificare la congruità delle offerte. Per cui anche a volere considerare il limite del 4 % intangibile, residuerebbe comunque un 3 % da destinare alla retribuzione dei soci d'opera.

Tale ultima percentuale, peraltro, consente di remunerare ben 1.360,96 ore di lavoro di questi ultimi.

1E) Il giudizio di incongruità si fonda su parametri presuntivi senza tener conto delle particolari condizioni di favore di cui gode la Co.Stra.L.

1F) L'attendibilità della proposta della ricorrente emerge anche dall'esame degli atti progettuali, da quest'ultima attentamente

esaminati.

Ed invero, l'elenco dei prezzi allegato al progetto prevede per la lavorazione D.0001.0005.002 - "muratura in pietrame" - un costo di € 311.497,80 e un monte ore complessivo di 7.194 ore.

La stima si riferisce, però, ad un muro dell'altezza di 4 metri dal piano di appoggio.

Senonchè dall'esame del progetto si ricava che la muratura in questione deve avere un'altezza di soli 80 cm., il che ha consentito alla ricorrente di destinare alla realizzazione della suddetta lavorazione poco più di 5.000 ore con un risparmio di circa 2.000 ore.

A ciò aggiungasi che l'odierna istante ha indicato un prezzo per la manodopera molto superiore a quello ricavabile dalle apposite tabelle ministeriali relative al settore.

Applicando queste ultime è possibile un incremento di 1.750 ore.

In conclusione pur senza considerare l'attività svolta dai soci, il prezzo per la manodopera proposto dalla ricorrente consente di remunerare 11.515 ore, ben superiori a quelle (10.123,83) effettivamente necessarie per realizzare l'opera prevista in progetto.

2) In base all'art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006, può essere considerata anomala solo la proposta che nel suo complesso risulti inaffidabile. L'attendibilità, infatti, non può essere valutata con riferimento a singole voci dell'offerta avulse dall'incidenza che le stesse hanno nell'economia della stessa.

Nel caso di specie la Commissione si è limitata a rilevare un'asserita sottostima del monte ore occorrente per l'esecuzione dell'appalto senza peraltro valutarne l'incidenza sull'offerta globale.

Da qui la violazione della citata norma.

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione intimata che la I.Co.Gen., che con separate memorie si sono opposte all'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 26/1/2011, la causa su richiesta delle parti è stata posta in decisione.

DIRITTO

I prospettati motivi di gravame posso essere trattati in unico contesto.

In punto di diritto giova precisare che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, in sede di verifica delle giustificazioni addotte in una gara d'appalto a fronte di un'offerta anomala, l'attendibilità di quest'ultima va comunque valutata – così come richiesto dall'art. 88, comma 7, del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163 - nella sua globalità, e non con riferimento alle singole voci della medesima ritenute incongrue, prescindendo dall'incidenza che queste ultime possono avere nella complessiva offerta economica (TAR Sardegna, I Sez., 6/2/2008 n. 121; Cons. Stato, V Sez., 7/10/2008, n. 4847 e VI Sez., 10/3/2009 n. 1417).

Dall'evidenziata finalità della verifica di anomalia la giurisprudenza fa discendere talune significative conseguenze ed in particolare, per

quanto qui rileva: a) che non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; b) che mentre l'offerta è imm modificabile, sono invece mutabili le giustificazioni; c) che sono ammesse giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime.

Il tutto, ovviamente, a patto che l'offerta risulti nel suo insieme affidabile al momento dell'aggiudicazione, e che a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr. T.A.R. Sardegna, I Sez., 13/1/2011 n. 21; Cons. Stato, VI Sez., 21/5/2009 n. 3146).

Con particolare riguardo alla tematica concernente la facoltà di introdurre modifiche alle giustificazioni addotte, è stato poi precisato che nel corso del procedimento di verifica della congruità dell'offerta è possibile rimodulare gli elementi economici che la compongono, con il solo limite di non alterare il quantum iniziale dell'offerta medesima, considerata nella sua globalità, pena la violazione della "par condicio" tra i concorrenti" (cfr. Cons. Stato, IV Sez., 19/6/2006 n. 3657 e 7/6/2004 n. 3554). Ed invero, per sua natura, il contraddittorio successivo, implica un fisiologico arricchimento degli elementi dedotti in origine.

Sussiste, dunque, una netta distinzione tra modifica dell'offerta nel suo complesso, non consentita, e modifica delle giustificazioni, invece ammissibile.

Orbene, nel caso di specie la Commissione esaminatrice si è limitata

a ritenere insufficiente il monte ore proposto per la realizzazione dell'opera, da qui concludendo per l'incongruità dell'offerta.

La Commissione ha peraltro omissis di verificare l'effettiva incidenza di tale dato sulla complessiva attendibilità dell'offerta, tenuto anche conto del fatto che quest'ultima prevedeva un utile del 7 %.

A ciò aggiungasi che, già in sede di analisi dell'offerta, la ricorrente aveva fatto correttamente rilevare che il mero dato del monte ore, non era di per sé solo significativo, dovendosi piuttosto fare riferimento alla spesa complessiva per la manodopera, data dal prodotto del monte ore per il costo del lavoro. E l'odierna istante, sul punto non contraddetta, ha dimostrato che applicando le vigenti tabelle relative al costo del lavoro, avrebbe conseguito un risparmio di spesa tale da consentirgli di remunerare ben 1745 ore aggiuntive.

La difesa dell'amministrazione sostiene che così facendo la ricorrente avrebbe violato il principio di immodificabilità dell'offerta, ma così non è, atteso che non risultano prospettati mutamenti della consistenza e della qualità delle prestazioni in essa descritte.

In sede di ricorso la ricorrente ha ulteriormente dedotto l'erroneità del calcolo del monte ore effettuato dalla stazione appaltante, derivante dalla inesatta quantificazione delle ore di lavoro necessarie per eseguire la lavorazione D.0001.0005.002 - "muratura in pietrame".

Con riguardo a quest'ultima la stima fatta dalla Commissione era di 7194 ore, derivante però dalla previsione di un muro dell'altezza di 4

metri dal piano di appoggio (come da elenco dei prezzi allegato al progetto). Sennonché, l'opera in questione, da realizzare secondo progetto (si veda il relativo allegato) si eleva dal suolo di appena 80 cm, con un risparmio quantificato dalla ricorrente (sul punto non smentita) di circa 2000 ore di lavoro.

Obietta la difesa dell'ente l'irrilevanza di siffatta giustificazione in quanto introdotta per la prima volta nell'informativa di cui all'art. 243 bis del citato D. Lgs. n. 163/2006 e poi ripresa in sede di ricorso. L'obiezione non ha pregio.

Ed invero, qui la ricorrente non ha addotto giustificazioni ulteriori rispetto a quelle esibite nel corso del procedimento di verifica, ma si è limitata a far rilevare l'erroneità di un dato preso in considerazione dalla Commissione di gara, che quest'ultima avrebbe dovuto autonomamente individuare, tenuto conto che l'inesattezza origina da atti provenienti dalla stessa stazione appaltante.

In definitiva l'avversato giudizio di incongruità si dimostra inficiato dai vizi più sopra enucleati.

Il ricorso va conseguentemente accolto, mentre restano assorbite le ulteriori censure prospettate.

Spese ed onorari di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidati come in dispositivo, nei confronti dell'intimata amministrazione, mentre possono essere compensate nei riguardi della controinteressata.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla l'impugnata esclusione dalla gara.

Condanna l'intimata amministrazione al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente, liquidandole forfettariamente in complessivi € 4.000/00 (quattromila), oltre I.V.A. e C.P.A., nella misura di legge e restituzione di quanto pagato a titolo di contributo unificato. Compensa le suddette spese nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2011

IL SEGRETARIO

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