



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1005 del 2011, proposto da:
Sava & C. S.r.l. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria
dell'a.t.i. con Sieme S.r.l. e da quest'ultima, entrambe rappresentate e
difese dagli avvocati Angelo Clarizia e Francesco Migliarotti, con
domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa
Clotilde 2;

contro

Tess Costa del Vesuvio S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico
Soprano, presso il cui studio in Roma, via degli Avignonesi, 5 è
elettivamente domiciliata;

nei confronti di

Mastrominico Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Romano, presso il quale è elettivamente domiciliata in
Roma, piazza del Popolo,18;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 24040/2010, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di restauro e rifunzionalizzazione dell'ex convento di San Nicola dei Miri a Gragnano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di TESS Costa del Vesuvio S.p.A. e di Mastrominico Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2012 il Consigliere di Stato Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Lemmo, per delega degli avvocati Clarizia e Migliarotti, Laudadio, per delega dell'avv. Soprano, e Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- TESS Costa del Vesuvio s.p.a. indiceva una gara per l'appalto della progettazione ed esecuzione dei lavori di restauro e rifunzionalizzazione dell'ex convento di San Nicola dei Miri a Gragnano per l'importo a base di gara di euro 10.059.592,73 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Partecipava alla gara, tra le altre, l'a.t.i. costituenda tra Sava & C. S.r.l.

e Sieme S.r.l., la cui offerta riportava il punteggio di 56 punti per l'offerta tecnica e di 24 punti per l'offerta economica, e veniva sottoposta a verifica di anomalia, conclusasi con valutazione di non congruità (comunicazione del 25 agosto 2010).

Le società Sava e Sieme, con ricorso al TAR Campania chiedevano l'annullamento del giudizio di non congruità per assenza di motivazione, contraddittorietà, illogicità e carenza di istruttoria.

Il TAR con sentenza in forma semplificata respingeva il ricorso.

Con l'atto di appello in esame, le due società Sava e Sieme hanno impugnato la suddetta sentenza di cui chiedono l'annullamento o la riforma, perché errata alla stregua dei seguenti motivi:

violazione degli artt. 86, 87 e 88 del d. lgv. n. 163 del 2006; illogicità, contraddittorietà, carenza di motivazione; assenza di istruttoria e di contraddittorio.

Si sono costituite in giudizio TESS Costa del Vesuvio s.p.a. e la controinteressata Mastrominico Costruzioni s.r.l., aggiudicataria della gara, che hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello e nel merito ne hanno chiesto il rigetto.

Alla pubblica udienza del 13 aprile 2012, precisate le conclusioni nei termini di cui agli atti difensivi, il giudizio è stato assunto in decisione.

2.- L'appello è infondato e va respinto, sicché si può prescindere dall'esame delle eccezioni in rito, fermo, comunque, che l'appello non può limitarsi, come nel caso in esame, ad una mera e pedissequa riproposizione dei motivi di cui al ricorso di primo grado, senza alcuna parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte

dal primo giudice.

3.- Con unico articolato motivo, parte appellante ripropone le stesse identiche censure di cui al ricorso di primo grado, con il quale è dedotta una presunta violazione del contraddittorio della procedura di gara, sull'asserito presupposto che *“l'indagine condotta dalla commissione si è svolta con un contraddittorio solo apparente...”*.

3.1- L'a.t.i. appellante assume che la p.a. non avrebbe indicato le giustificazioni da presentare e che sarebbe mancato contraddittorio.

La censura è infondata.

L'art. 86 del d. lgv. n. 163 del 2006, nella formulazione vigente *ratione temporis* stabiliva che *“Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'art. 87, comma 2, relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni....Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli artt. 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica in contraddittorio”*.

Nel caso in esame, in linea con la normativa vigente, la *lex* di gara richiedeva che l'offerta fosse corredata a pena di esclusione da giustificazioni con eventuali documenti indicanti le voci di prezzo contenute nell'elenco prezzi unitari, chiarendo che sarebbero stati utili per la valutazione di congruità dell'offerta per il caso di anomalia dell'offerta.

Il disciplinare di gara aggiungeva poi, che in sede di verifica della

congruità delle offerte, sarebbero state prese in considerazione tra le altre le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione e delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui godeva l'offerente, specificando in particolare che dalla documentazione presentata avrebbero dovuto rilevarsi i costi elementari che concorrono alla formazione dei costi dei lavori (mano d'opera, materiali, trasporti, noli).

La società, quindi, già nella fase preliminare alla presentazione dell'offerta aveva una chiara rappresentazione delle giustificazioni richieste in via preliminare e delle giustificazioni da produrre per l'ipotesi di verifica della congruità dell'offerta, le doglianze della ricorrente concernenti la mancata indicazione delle c.d. giustificazioni da produrre appaiono prive di pregio.

3.2 - Quanto poi al mancato contraddittorio, è sufficiente esaminare quanto riportato nei verbali della commissione di gara: il 24 maggio 2010 veniva richiesta dalla commissione di gara la verifica della congruità dell'offerta, *in quanto sia i punti relativi al prezzo che i punti relativi agli altri elementi di valutazione superano entrambi i 4/5 dei punteggi massimi (rispettivamente 56 punti per la qualità e 24 punti per il prezzo)*”.

Nella seduta del 7 giugno 2010, in cui la ricorrente assume che la commissione, anziché instaurare il contraddittorio, si sarebbe limitata a ricevere la documentazione consegnata dall'impresa, la riserva di verifica della documentazione fu determinata dalla copiosa documentazione fornita dall'impresa che ne imponeva la valutazione anche in diverse sedute.

In data 18 giugno 2010, dopo più sedute riservate e necessarie per l'esame della documentazione, la commissione rilevava che l'offerta presentava una sottostima del costo della manodopera e che il costo dei materiali e dei mezzi d'opera non potevano essere realmente contenuti nei limiti descritti, tanto che la verifica risultava negativa per un importo di circa euro 350.000,00.

La commissione convocava, quindi, l'impresa ex art. 88, comma 4, del d. lgv. n. 163 del 2006, al fine di acquisire ogni elemento utile per le giustificazioni dell'offerta.

In data 30 giugno 2010, in presenza dei rappresentanti dell'a.t.i. ricorrente, la commissione illustrava ai presenti le conclusioni cui era pervenuta dall'esame della documentazione acquisita in data 7 giugno e chiedeva la produzione entro il successivo 9 luglio, ore 15,30 di ogni altro elemento utile per la valutazione della congruità con particolare riferimento al costo della manodopera ed alle tipologie di giustificazioni elencate dall'art. 87, comma 2 del d. lgv. n. 163 del 2006.

Alla luce di quanto riportato nei verbali, peraltro conosciuti dalle ricorrenti che avevano esercitato l'accesso, appare destituita di ogni fondamento l'asserzione sulla mancanza effettiva di contraddittorio.

Correttamente, quindi, il giudice di primo grado ha rilevato che il procedimento di verifica dell'anomalia si è svolto secondo le modalità bifasiche di cui all'art. 88 del d. lgv. n. 163 del 2006 e nel rispetto delle altre norme del codice dei contratti pubblici.

Non può in alcun modo dubitarsi, quindi, del fatto che l'a.t.i.

ricorrente è stata messa in grado di comprendere i punti deboli della propria offerta e di fornire gli elementi utili a giustificare l'anomalia, ma le sue giustificazioni non sono state idonee alla valutazione di congruità.

La censura è in conseguenza infondata.

3.3- Quanto alla circostanza che nell'esaminare le giustificazioni, la stazione appaltante si sarebbe avvalsa dei parametri dettati dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con le delibere n. 37/2000 e n. 2/2001, non è di per sé motivo di illegittimità, atteso che tale metodo è stato usato al fine di raggiungere un convincimento non equivoco sulla non congruità dell'offerta.

Invero, il costo della mano d'opera, in quanto legato alla produttività, non può essere oggetto di forti variazioni da offerta ad offerta.

Le determinazioni dell'A.V. LL.PP. pongono la loro attenzione sul calcolo dell'incidenza del costo della mano d'opera per ognuna delle categorie generali e specializzate di cui si compone l'intervento.

Tale calcolo risulta, in effetti, di estrema utilità per valutare la congruità delle offerte e non costituisce variazione dei criteri posti a base di gara, traendo origine dalla necessità di valutare il calcolo dell'incidenza del costo della manodopera per ognuna delle categorie generali e specializzate di cui si compone l'intervento, con riferimento sia ai prezzi di tariffa, che alle analisi dei nuovi prezzi.

La commissione di gara, nell'ambito degli ordinari poteri istruttori di cui dispone, ha valutato i dati provenienti dall'a.t.i. ricorrente ragguagliandoli a dati storici in proprio possesso, afferenti la

prestazione oggetto dell'affidamento, valorizzandoli sulla scorta di valutazioni tratte dalla propria esperienza o desunte dal mercato di riferimento.

Invero, al di là delle modalità di verifica, peraltro legittime atteso che l'amministrazione può liberamente avvalersi di tutti gli elementi necessari per raggiungere un convincimento sicuro in ordine all'affidabilità dell'offerta potenzialmente anomala, non poteva ritenersi giustificato l'importo stimato dall'impresa offerente per il costo della manodopera in quanto condizionato dalla percentuale di ribasso offerto nella misura del 37,103%, con uno scarto di euro 1.992.265,37 rispetto all'importo di 2.365.149,70 posto a base del progetto definitivo, e poi rideterminato in euro 3.861.864,22 dalla stazione appaltante in sede di progettazione esecutiva.

3.4- Assumono le appellanti che la commissione non avrebbe correttamente valutato le "variazioni" da esse presentate in sede di giustificazioni.

E' il caso di ricordare in proposito che esula dal giudizio di legittimità ogni considerazione che attenga al merito delle valutazioni della commissione di gara in sede di verifica della congruità, trattandosi di esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, salvo illogicità o irragionevolezza, che nel caso non ricorrono.

D'altra parte la verifica delle offerte anomale non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o meno serio affidamento circa la

corretta esecuzione dell'appalto (cfr. Cons. Stato, V, 22 settembre 2009, n. 5642; 19 maggio 2007, n. 1971).

Nel caso, la commissione di gara nel rilevare le giustificazioni fornite dall'a.t.i. ricorrente, ha rilevato l'insufficienza degli elaborati prodotti per dimostrare l'economia del procedimento di costruzione, l'assenza di alcuna documentazione per correlare le soluzioni tecniche con la riduzione del costo complessivo dell'opera, l'assenza di elementi oggettivi e verificabili a comprova delle condizioni favorevoli di cui disporrebbe l'impresa, l'assenza di un calcolo analitico per dimostrare la riduzione di spesa rapportata alle migliorie proposte.

Tali carenze non sono state superate dalla documentazione prodotta dalla ricorrente a corredo delle giustificazioni.

Per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, cui consegue la reiezione anche della domanda di risarcimento danni, per carenza dei presupposti della relativa domanda.

Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile

2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2012

IL SEGRETARIO

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