

N. 01888/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02879/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2879 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Edile Falcone Pasquale s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. geom. Falcone Pasquale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Errico Mascia e Francesca Ammendola, presso i quali ha eletto domicilio in Napoli, via Duomo, 296;

contro

Comune di San Giorgio a Cremano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Lucia Cicatiello e Adele Carlino, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R.;

nei confronti di

E.DI.CA. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. geom. Cautiero Ciro, rappresentato e difeso dall'avv. Giancarlo Violante Ruggi D'Aragona, presso cui ha eletto domicilio in Napoli, via Tino Da Camaino, 6;

per l'annullamento

I) con il ricorso introduttivo:

del provvedimento di esclusione del 15 aprile 2009 della società ricorrente dalla gara indetta dal Comune di San Giorgio a Cremano per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento del plesso scolastico Eduardo De Filippo, nonché di ogni altro presupposto, connesso e conseguente;

II) con i motivi aggiunti del 24 luglio 2009 (depositati il 3 agosto 2009):

- della delibera del 26 giugno 2009 con cui la commissione di gara ha confermato l'esclusione dell'impresa ricorrente ed ha disposto l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla E.DI.CA. Costruzioni s.r.l., nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

III) con i motivi aggiunti del 22 settembre 2009 (depositati il 7 ottobre 2009):

- della determinazione dirigenziale del 21 luglio 2009 recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio a Cremano e di E.DI.CA. Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 1377 del 9 marzo 2011.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al numero di registro generale 2879 del 2009 la Impresa Edile Falcone Pasquale s.r.l. impugna il provvedimento di esclusione per anomalia dell'offerta e gli altri atti meglio specificati in epigrafe adottati dal

Comune di San Giorgio a Cremano (NA) nell'ambito della gara d'appalto indetta per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento del plesso scolastico "E. De Filippo".

Parte ricorrente affida il mezzo di gravame ad un unico articolato motivo di diritto con cui deduce in sintesi eccesso di potere e violazione dell'art. 87 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Con successivi atti di motivi aggiunti, la esponente attrae nel fuoco della contestazione anche i successivi provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva disposti in favore della E.DI.CA. Costruzioni s.r.l. per invalidità derivata e per autonomi profili di illegittimità.

Resistono in giudizio l'intimata amministrazione e la società controinteressata, eccependo in rito l'inammissibilità ed improcedibilità del ricorso e replicando nel merito alle censure dedotte in gravame.

La società E.DI.CA. Costruzioni s.r.l. propone inoltre ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della Impresa Falcone per violazione degli artt. 87 e 118 D.Lgs. 163/2006, violazione del bando di gara.

Il Tribunale ha respinto la domanda cautelare con ordinanza n. 2304 del 15 ottobre 2009.

All'udienza pubblica del 9 marzo 2011 la causa è stata trattenuta in decisione, anticipata con dispositivo di sentenza n. 1377/2011.

DIRITTO

1. Il Comune di San Giorgio a Cremano (NA) ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento del plesso scolastico "E. De Filippo" (con importo a base di gara di Euro 2.107.042,68) da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 82 D.Lgs. 163/2006 con il criterio del prezzo più basso determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara.

In seguito alla selezione preliminare, alla procedura in questione venivano ammesse solo la Impresa Falcone e la E.DI.CA. s.r.l.: nella seduta dell'11

dicembre 2008 la commissione aggiudicava in via provvisoria l'appalto alla odierna deducente, in considerazione del maggior ribasso formulato (32,099%, a fronte dell'offerta della società controinteressata, pari al 16,270%).

Tuttavia, all'esito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la Impresa Falcone veniva esclusa e, con determinazione dirigenziale del 21 luglio 2009, l'appalto veniva definitivamente aggiudicato alla E.DI.CA. s.r.l.: in data 15 dicembre 2009 veniva stipulato il relativo contratto di appalto.

Infine, con determina dirigenziale n. 8 del 18 gennaio 2011, l'amministrazione procedeva alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 136 D.Lgs. 163/2006 per grave inadempimento dell'aggiudicataria.

2. Con il ricorso introduttivo, la Impresa Falcone contesta il giudizio di anomalia dell'offerta formulato nei propri confronti dalla commissione di gara ed il conseguente provvedimento di esclusione, lamentando la violazione delle disposizioni che disciplinano il procedimento ex art. 86 e seguenti del codice degli appalti pubblici e il difetto di istruttoria e di motivazione, giacché la stazione appaltante non avrebbe tenuto in alcun conto le giustificazioni fornite dalla esponente.

Indi, con successivi motivi aggiunti la ricorrente impugna il giudizio di congruità dell'offerta della società controinteressata e la conseguente aggiudicazione.

3. Preliminarmente occorre respingere l'eccezione in rito sollevata dalla difesa dell'amministrazione e della E.DI.CA., secondo cui il ricorso avverso il provvedimento di esclusione sarebbe improcedibile per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

In senso contrario, è sufficiente rilevare che (in disparte l'immediata lesività della esclusione che fonda l'interesse a ricorrere della deducente) detta aggiudicazione, disposta con determinazione dirigenziale n. 392 del 21

luglio 2009, è stata comunicata ai sensi dell'art. 79 D.Lgs. 163/2006 alla ricorrente con nota del 16 settembre 2009 ed è stata tempestivamente gravata da quest'ultima con motivi ritualmente notificati e depositati il 7 ottobre 2009.

4. Nel merito il ricorso è infondato e deve essere respinto per quanto di ragione.

5. Con una prima censura, parte ricorrente lamenta che l'esclusione dalla gara (disposta nel verbale del 15 aprile 2009) sarebbe stata deliberata dal solo Presidente e non anche dagli altri membri del seggio di gara.

La deduzione è palesemente infondata: difatti, non può porsi in dubbio la collegialità della decisione, dal momento che il verbale del 15 aprile 2009 (che, come noto fa fede fino a querela di falso) dà atto della presenza del Presidente e degli altri membri della commissione e reca in calce la relativa sottoscrizione.

6. Passando all'esame delle doglianze che attengono alla valutazione di anomalia dell'offerta, per la migliore intelligenza delle ragioni della decisione, è opportuno definire in sintesi l'ambito cognitivo del giudizio.

7. Il Collegio rileva preliminarmente che, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, la valutazione di congruità di un'offerta anomala costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano inficcate sotto i profili della manifesta illogicità ed irragionevolezza, carenza motivazionale ovvero del travisamento dei fatti (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 settembre 2007 n. 4933; Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6877; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 ottobre 2009 n. 5207; 21 marzo 2006 n. 3108).

7.1. Pertanto, il sindacato del giudice amministrativo in detta materia si compendia nell'accertare se il potere dell'amministrazione appaltante sia stato esercitato con l'utilizzazione delle regole tecniche conformi a criteri di

logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti e dunque se le valutazioni tecniche operate siano attendibili, non potendo invece consistere nella integrale ripetizione delle operazioni valutative compiute dall'amministrazione, ciò comportando un'inammissibile violazione del principio di separazione dei poteri (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3769; 18 settembre 2008 n. 4494).

7.2. Inoltre, in ogni gara pubblica l'attendibilità dell'offerta va valutata nella sua globalità (Consiglio Stato, Sez. V, 18 settembre 2009 n. 5589; 12 giugno 2009 n. 3762). Difatti, l'art. 88, settimo comma, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nello stabilire che, all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante dichiara l'eventuale esclusione dell'offerta che risulta, "nel suo complesso", inaffidabile, va inteso nel senso che la valutazione dell'amministrazione deve verificare l'affidabilità globale dell'offerta mediante un giudizio sintetico sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme (T.A.R. Toscana, Sez. I, 26 marzo 2009 n. 507).

8. Ebbene, applicando tali principi alla fattispecie in esame, la Sezione rileva che dall'esame dei verbali non emerge alcun profilo di manifesta illogicità od irragionevolezza né alcun evidente errore istruttorio tale da far ritenere viziato il giudizio in questione.

9. In dettaglio, le censure di difetto di istruttoria e di motivazione sono palesemente contraddette dalla quantità e qualità dei profili di incongruità dell'offerta, siccome verbalizzati dalla commissione in diverse sedute di gara, considerato che:

- dopo aver disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore della Impresa Falcone, nel verbale del 12 dicembre 2008 la commissione prendeva atto di alcune incongruità attinenti all'offerta della ricorrente (a titolo esemplificativo, in ordine alla mancata specificazione dei costi relativi alla sicurezza nell'indicazione delle forniture di materiali, all'esistenza di alcuni

prezzi dimezzati rispetto a quelli indicati dal Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche per la Campania ed il Molise) e richiedeva apposite integrazioni (es. rapporti contrattuali con le ditte fornitrici, documentazione comprovante l'esistenza di scorte, relazione particolareggiata in ordine alle soluzioni tecniche adottate in grado di giustificare le variazioni sull'orario di lavoro e costi relativi alla sicurezza, utile d'impresa);

- nella seduta del 23 dicembre 2008, la ditta Falcone depositava documenti integrativi;

- nei verbali del 6 e dell'11 marzo 2009, il seggio di gara rilevava ulteriori profili di incongruità dell'offerta attinenti: a) alla circostanza che la ricorrente aveva desunto i costi relativi alla mano d'opera (operai edili specializzati, qualificati e comuni) dalla tabella prezzi del Provveditorato relativa al periodo gennaio – febbraio 2008, mentre (trattandosi di offerta formulata nel dicembre 2008) andava applicata la tabella relativa al mese di luglio 2008 recante gli adeguamenti derivanti dal Contratto Collettivo del 18 giugno 2008 che aveva incrementato i minimi salariali di Euro 104,00, con la conseguenza che l'utilizzo del diverso periodo di riferimento aveva determinato una sensibile riduzione dei costi unitari; b) al prezzo del calcestruzzo; c) alla mancata presentazione di idonee giustificazioni in ordine al costo dell'acciaio in barre per armatura di conglomerato, per il quale la Impresa Falcone aveva offerto un prezzo dimezzato (Euro 0,402) rispetto a quello indicato nella tabella del Provveditorato (Euro 0,84); d) alla omessa allegazione di elementi giustificativi del prezzo offerto per le casseformi; e) alla indeterminatezza dell'offerta dei sub-fornitori per gli infissi esterni ed interni; f) agli impianti elettrici, termici ed idrico-sanitari; g) alle ingiustificate riduzioni dell'orario di lavoro e conseguenti riduzioni di costo; h) alla sovrapposizione di fasi lavorative che comportava un aumento degli oneri della sicurezza e, conseguentemente, del costo complessivo dell'opera, tenuto anche conto dell'assenza di soluzioni

tecnologiche innovative; i) alla mancata presentazione di contratti dai quali potersi desumere le obbligazioni reciproche tra società e ditte fornitrici che potessero giustificare i prezzi offerti;

- nel verbale del 7 aprile 2009, la Impresa Falcone giustificava la mancata applicazione del C.C.N.L. del 18 giugno 2008 con la circostanza che, al momento della gara, non era disponibile la relativa tabella del Provveditorato Interregionale ma, a fronte di tale contestazione, la commissione verificava per via telematica la data di pubblicazione (che risultava essere quella del 24 settembre 2008, quindi prima della presentazione dell'offerta): nel prosieguo della seduta la società ricorrente forniva una diversa giustificazione, assumendo di beneficiare di sgravi contributivi che lasciavano intatti i minimi salariali e richiedeva la concessione di un termine per produrre documenti;

- infine, nel verbale del 15 aprile 2009, il Presidente dava atto che alcun elemento era stato prodotto in merito al trattamento salariale minimo e agli altri elementi costitutivi dell'offerta: pertanto, la commissione disponeva l'esclusione della società.

10. Dall'esame dei diversi verbali di gara e dei molteplici rilievi articolati dalla commissione giudicatrice emerge chiaramente che, a differenza di quanto assunto dalla parte ricorrente, la valutazione di inaffidabilità complessiva dell'offerta della Impresa Falcone è dipesa da tutte le incongruenze sopra menzionate e non solo da quella che attiene al trattamento retributivo del personale dipendente.

10.1. Ciò risulta vieppiù evidente considerato che, nel verbale del 15 aprile 2009, il seggio di gara (oltre a dare atto della mancata allegazione di idonee giustificazioni in ordine al costo della mano d'opera) formulava un giudizio di inaffidabilità complessiva dell'offerta presentata dalla deducente *“riportandosi a quanto rimarcato ed explicitato nel verbale del 6/3/09”*, richiamando, quindi, tutti i pregressi rilievi e non solo quello concernente il

trattamento salariale. Peraltro, non è superfluo osservare che nei verbali di gara non vi è traccia di alcuna resipiscenza della commissione di gara e di alcun superamento delle contestazioni precedentemente mosse alla Impresa Falcone.

11. Lo scrutinio dell'amministrazione sui profili di incongruità si è quindi compendiato in un giudizio di anomalia dell'offerta avente natura globale e sintetica, risultante da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti in cui essa si scompone, dal quale è derivata (in ragione della pluralità dei rilievi avanzati dalla commissione) una valutazione di inattendibilità complessiva dell'offerta stessa. Tale giudizio si pone al riparo dai contestati profili di manifesta irragionevolezza, illogicità od errore istruttorio rispetto ai quali, si ricorda, è ammesso il sindacato giurisdizionale.

12. Ciò posto, occorre soffermarsi sulle obiezioni espresse sull'operato dell'amministrazione in ordine alla specifica valutazione dell'offerta.

13. Si è visto che, tra le incongruenze rilevate, la stazione appaltante ha contestato alla Impresa Falcone di aver desunto il costo orario della mano d'opera dalla tabella del Provveditorato relativa al primo bimestre 2008 anziché da quella successiva che teneva conto degli incrementi salariali introdotti con il C.C.N.L. del 18 giugno 2008.

Sostanzialmente, la ricorrente lamenta che l'amministrazione avrebbe confuso il costo relativo alla mano d'opera con il trattamento minimo salariale.

In dettaglio, secondo la ditta Falcone, l'aver offerto un costo orario inferiore alla tabella aggiornata non comportava necessariamente un abbattimento del minimo salariale (inderogabile ai sensi dell'art. 87 D.Lgs. 163/2006), dal momento che quest'ultimo è solo una delle voci che concorrono a determinare il costo complessivo. Pertanto, la deducente osserva che il costo orario globale offerto in sede di gara rispettava

pienamente il minimo salariale (che, di tale costo orario è una componente) con la conseguenza che la riduzione praticata sul primo non comportava alcuna decurtazione del secondo.

La deduzione è priva di pregio.

14. Invero, la commissione ha correttamente applicato l'art. 87 del D.Lgs. 163/2006, secondo cui per il costo della mano d'opera va fatto riferimento alle tabelle elaborate dal Ministro del Lavoro (secondo comma) aggiungendo che non possono essere ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge (terzo comma).

14.1. Ebbene, dall'esame dei verbali di gara risulta che la ricorrente, nel formulare la propria offerta di ribasso, ha preso in considerazione un costo medio orario del lavoro inferiore rispetto a quello quantificato dalla amministrazione. In seguito alla attivazione del procedimento di verifica della anomalia, l'impresa ha motivato tale scelta, facendo dapprima riferimento alla indisponibilità delle nuove tabelle e, dopo aver verificato che dette tabelle erano state pubblicate prima dell'offerta, forniva una diversa giustificazione, asserendo di fruire di non meglio specificate agevolazioni fiscali (cfr. verbale del 7 aprile 2009).

14.2. Ebbene, in disparte l'esistenza di due contraddittorie versioni fornite nella medesima seduta, vale la pena di osservare che le argomentazioni svolte dalla ricorrente a sostegno della propria offerta consistono nella mera affermazione, non suffragata da adeguati elementi probatori, dell'esistenza di tali agevolazioni e che, in corso di gara, non è stata prodotta alcuna certificazione proveniente da soggetti terzi finalizzata alla dimostrazione della effettiva sussistenza del beneficio.

14.3. Si aggiunga che (come risulta dalla attestazione del Comune di San Giorgio a Cremano depositata agli atti di causa il 13 ottobre 2009), contrariamente a quanto dedotto in ricorso, non risultano neppure

depositate in sede di gara le buste paga dei dipendenti che, secondo quanto specificato nel mezzo di gravame, avrebbero dovuto provare l'esistenza di tali agevolazioni fiscali e la corresponsione della retribuzione superiore ai minimi salariali. Né rileva la circostanza che tali buste paga siano state prodotte nel presente giudizio, dal momento che la prova andava fornita in sede di gara e su tali atti andava sollecitato apposito scrutinio da parte della commissione. Difatti, una richiesta di verifica di congruità dell'offerta avanzata al Collegio, fondata sull'allegazione di documentazione che andava a suo tempo versata agli atti del sub-procedimento, si risolverebbe in un'inammissibile sollecitazione di un'attività valutativa da parte del giudice amministrativo in sostituzione dell'amministrazione.

14.4. A fronte di tali generiche asserzioni, la commissione di gara ha dettagliatamente motivato il giudizio di incongruità specificando che la mancata applicazione delle nuove tabelle ha comportato una riduzione dei costi unitari per effetto del mancato aumento dei minimi salariali previsti nel nuovo C.C.N.L.. Difatti, nel verbale del 6 aprile 2009 si legge che *“l'utilizzo del periodo diverso di riferimento riduce i costi unitari di un'aliquota percentuale per circa il 5,12% rispetto all'applicazione dei costi fissati dalla tabella di luglio 2008 (...). L'impresa, in effetti, non ha considerato che il 18/6/2008 è stato rinnovato il C.C.N.L. di categoria con un aumento dei minimi salariali di Euro 104,00 (...) i minimi salariali, quindi, dovevano essere incrementati dai nuovi importi stabiliti dal nuovo C.C.N.L.”*

14.5. La mancanza di una puntuale allegazione di oneri o benefici idonei a consentire la deroga ai valori minimi indicati dall'amministrazione si traduce quindi nel mancato assolvimento dell'onere probatorio, certamente gravante sull'impresa che intende dimostrare la possibilità di sostenere costi complessivi inferiori rispetto a quelli individuati dalla stazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003 n. 9318).

15. Può quindi concludersi sul punto che, in sede di gara, non è stato

congruamente giustificato lo scostamento della voce relativa al costo della mano d'opera rispetto alle previsioni svolte dall'amministrazione sulla base delle tabelle ministeriali.

16. Per l'effetto, si rivela del tutto corretta la valutazione negativa formulata dalla commissione in ordine alla anomalia della offerta: ne consegue altresì che si appalesa superfluo lo scrutinio delle contestazioni relative agli altri profili di incongruità dell'offerta rilevati dal seggio di gara (prezzo del calcestruzzo, costo dell'acciaio, casseformi, indeterminatezza dell'offerta dei fornitori, impianti elettrici, termici ed idrico-sanitari, riduzioni dell'orario di lavoro e conseguenti riduzioni di costo, sovrapposizione di fasi lavorative ed aumento degli oneri della sicurezza, etc.).

17. Dalle considerazioni svolte discende quindi che il provvedimento di esclusione è stato legittimamente disposto dall'amministrazione appaltante, con conseguente reiezione del gravame introduttivo.

18. Passando all'esame dei motivi aggiunti proposti dalla Impresa Falcone avverso l'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore della società E.DI.CA., il Collegio deve rilevarne l'improcedibilità.

18.1. Difatti, in quanto legittimamente esclusa dalla procedura la Impresa Falcone non può vantare alcun interesse apprezzabile a perseguire l'annullamento di un'aggiudicazione alla quale non può più aspirare.

18.2. Neppure può essere invocato un interesse strumentale della ricorrente alla riedizione integrale della procedura selettiva (che conseguirebbe all'eventuale accoglimento dei motivi aggiunti), dal momento che, con salvezza delle ulteriori determinazioni dell'amministrazione, tale effetto consegue ipso facto alla risoluzione del contratto ex art. 136 D.Lgs. 163/2006 per grave inadempimento della aggiudicataria che, si ricorda, è stata disposta con determina dirigenziale n. 8 del 18 gennaio 2011.

19. La reiezione del gravame proposto dalla Impresa Falcone determina

infine l'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, dell'impugnazione incidentale proposta dalla società controinteressata avverso la mancata esclusione della ricorrente.

20. Spese ed onorari di giudizio possono essere integralmente compensati, in considerazione della natura e della complessità delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso proposto dalla Impresa Edile Falcone Pasquale s.r.l. nei sensi indicati in motivazione;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da E.DI.CA. Costruzioni s.r.l.;
- compensa tra le parti le spese ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pagano, Presidente FF

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/03/2011

IL SEGRETARIO

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