

N. 06980/2011REG.PROV.COLL.
N. 02005/2010 REG.RIC.
N. 02048/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
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 2005 del 2010, integrato dai successivi motivi, proposto da:

Azienda Ospedaliera di Padova, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Pafundi, Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

contro

Associazione in Consorzio Stabile Edile, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Panariti, con domicilio eletto presso Paolo Panariti in Roma, via Celimontana, 38;

nei confronti di

Azienda ULSS N.16 di Padova,
Lasa F.lli Nata S.r.l.;

e sul ricorso numero di registro generale 2048 del 2010, integrato dai successivi motivi, proposto da: Ditta Lasa F.lli Nata S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in

Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Associazione in Consorzio Stabile Edile, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Panariti, con domicilio eletto presso Paolo Panariti in Roma, via Celimontana, 38;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera di Padova, Azienda Ulss N.16 di Padova;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Veneto - Venezia: Sezione I n. 01275/2010 e del dispositivo di sentenza del T.a.r. Veneto - Venezia: Sezione I n. 00007/2010, resi tra le parti, concernenti AFFIDAMENTO MANUTENZIONE ORDINARIA OPERE DA FABBRO DEI FABBRICATI AZIENDA OSPEDALIERA.

Visti i ricorsi in appello, i successivi motivi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Associazione in Consorzio Stabile Edile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2011 il Cons. Roberto Chieppa e uditi per le parti gli avvocati Bianchini, Pafundi, Mazzeo, per delega dell'Avv. Manzi, e Panariti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 1275/2010 il Tar per il Veneto ha accolto il ricorso proposto dall'Associazione in Consorzio Stabile Edile avverso l'aggiudicazione in favore della Lasa F.lli Nata s.r.l. della gara indetta dall'Azienda ospedaliera di Padova per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria relativi alle opere da fabbro da eseguirsi nell'ambito

della medesima azienda.

Con separati ricorsi in appello la Azienda ospedaliera di Padova e la Lasa F.lli Nata s.r.l. hanno impugnato dapprima il dispositivo della decisione emessa dal Tar, proponendo poi i motivi dopo la pubblicazione della sentenza.

L'Associazione in Consorzio Stabile Edile si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dei ricorsi e riproponendo i motivi assorbiti in primo grado.

Con ordinanza n. 3458/2010 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare, sospendendo l'efficacia della sentenza impugnata

Con successiva ordinanza n. 435/2010 la Sezione, previa riunione dei ricorsi indicati in epigrafe, ha disposto di procedere ad una verifica, incaricando a tal fine il Provveditore interregionale alle opere pubbliche per il Veneto, il Trentino Alto Adige e il Friuli Venezia Giulia, o un dirigente o funzionario da questi indicato.

Concessa una proroga al verificatore e espletata la verifica, all'odierna udienza le cause sono state trattenute in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla verifica della congruità dell'offerta dell'impresa aggiudicataria della gara indetta dall'Azienda ospedaliera di Padova per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria relativi alle opere da fabbro da eseguirsi nell'ambito della medesima azienda.

L'aggiudicazione è avvenuta sulla base del criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante ribasso sull'elenco dei prezzi posto a base della stessa gara. L'importo complessivo dell'appalto era fissato in €. 2.000.000,00, di cui €. 32.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

Aggiudicataria della gara è risultata la Lasa F.lli Nata S.r.l. con una percentuale di ribasso del 45,147 %, mentre al secondo posto si è

classificata la ricorrente di primo grado A.C.S.E. con un ribasso del 37,196 %.

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso, ritenendo fondate alcune censure relative alla asserita anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

Con una prima censura le appellanti contestano la sentenza del Tar sotto il profilo dell'asserito inammissibile sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata dalla stazione appaltante e sul merito delle scelte amministrative.

Il motivo è privo di fondamento.

In primo luogo, va ricordato che le valutazioni della commissione nell'ambito di una procedura concorsuale per l'affidamento di un appalto costituiscono espressione dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, o meglio costituiscono - volendo utilizzare altra terminologia - valutazioni tecniche; tuttavia, a prescindere dalla terminologia prescelta, è oggi pacifico che si tratta di valutazioni pienamente sindacabili dal giudice amministrativo, sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l'aspetto più strettamente tecnico.

Infatti, tramontata l'equazione discrezionalità tecnica – merito insindacabile a partire dalla sentenza n. 601/99 della IV Sezione del Consiglio di Stato, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (v., fra tutte, Cons. Stato, VI, n. n. 4635/2007).

Il giudice di primo grado ha esercitato tale sindacato, senza estendere la propria verifica al merito delle scelte amministrative, dovendosi intendere per merito solo i profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo.

In sede di appello questa Sezione ha ritenuto di procedere ad un più approfondito accertamento tramite la disposta verifica e ciò conferma come gli aspetti oggetto di contestazione sono pienamente sindacabili dal giudice amministrativo.

3. Passando al merito delle questioni, la controversia può essere risolta sulla base del contenuto della relazione del verificatore, che il Collegio ritiene di dover condividere per le ragioni in seguito esposte.

Con la citata ordinanza istruttoria è stato demandato al Provveditore interregionale alle opere pubbliche per il Veneto, il Trentino Alto Adige e il Friuli Venezia Giulia (o un dirigente o funzionario da questi indicato) il compito di accertare la congruità dell'offerta sulla base delle giustificazioni fornite in sede di gara dall'impresa e alla luce delle censure ritenute fondate dal Tar e di quelle assorbite in primo grado e riproposte dalla parte appellata.

L'accertamento tecnico ha, quindi, riguardato sia i profili di non congruità dell'offerta rilevati dal Tar, sia quelli assorbiti in primo grado e riproposti dalla parte appellata e ciò consente di valutare in modo pieno ogni profilo oggetto di contestazione.

Il soggetto verificatore (Ing. Ernesto Luca Iovino) ha verificato la congruità dell'offerta LASA con riferimento alle 34 schede giustificative presentate in sede di gara, prendendo in esame i seguenti punti: a) mancata inclusione nel costo orario della manodopera della "trasferta" ex art. 7 del C.C.N.L., con tutte le indennità ivi previste: trattamento economico di trasferta, trattamento per il tempo di viaggio, malattia ed infortunio, rimborso spese viaggio; b) tempi di lavorazioni dichiarati dall'aggiudicataria LASA; c) mancata considerazione, nel costo della manodopera, della retribuzione da corrispondere al lavoratore dipendente per tutto il tempo della durata del viaggio da Cantarana di Cona a Padova e viceversa; d) percentuale riservata agli utili di impresa ed alle spese generali; e) costi dei

materiali; f) mancata inclusione nella retribuzione base dell'operaio della quota relativa alle ferie e ai permessi premio.

L'esito dell'accertamento ha condotto il verificatore a valutare congrua ed attendibile nella sua globalità l'offerta presentata dalla Ditta LASA e il Collegio ritiene di dover condividere tale valutazione per le seguenti ragioni:

1) in ordine alla mancata inclusione nel costo orario della manodopera della "trasferta" ex art. 7 del C.C.N.L., il giudice di primo grado ha rilevato che per i lavori in questione sono stati assunti dall'aggiudicataria 4 operai residenti a Padova o nelle sue immediate adiacenze, per i quali tuttavia non è stato considerato il trattamento di missione da determinare con riferimento alla sede dell'impresa (Cona). Al riguardo, correttamente il verificatore ha considerato che i quattro contratti di lavoro concernono assunzioni a tempo determinato in funzione dei lavori da svolgere presso l'Azienda Ospedaliera di Padova (gli stessi operai erano in precedenza alle dipendenze della "ricorrente" nello stesso attuale cantiere e nell'identico appalto precedente), con la conseguenza che Padova deve essere intesa come "sede di lavoro" (anche alla luce delle precisazioni contenute nella circolare del Ministero delle Finanze n. 326/E del 23 dicembre 1997 – punto 2.4.1 - trasferte). Pertanto, risultano rispettate da LASA le norme contrattuali prescritte dal bando di gara (integrale applicazione del C.C.N.L. e relativi accordi integrativi) oltre che dal comma 3 dell'art. 87 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (considerazioni valide anche in relazione alla asserita mancata considerazione, nel costo della manodopera, della retribuzione da corrispondere al lavoratore dipendente per tutto il tempo della durata del viaggio da Cantarana di Cona a Padova e viceversa).

2) con riguardo ai tempi delle lavorazioni dichiarati dall'aggiudicataria, si deve tenere conto che si tratta di un particolare contratto di manutenzione, definito "aperto" ai sensi dell'art. 154 del D.P.R. n. 554 del 1999, con prestazioni ed interventi non predeterminati e con conseguente difficoltà di

individuare nel dettaglio i tempi di lavorazione; in ogni caso la relazione del verificatore ha consentito di confutare la quantificazione effettuata dal Consorzio A.C.S.E. perché fondata su una incidenza del costo della manodopera, individuata in modo del tutto astratto nella misura del 60 %. Lo stesso verificatore, applicando sulla base di valutazioni eque la percentuale media del 6,69% dei vari prezzi contrattuali, ha ritenuto accettabile il tempo medio di lavorazione indicato dalla Ditta LASA nelle giustificazioni relative alle 13 schede di cui la Commissione valutativa ha richiesto delucidazioni, oltre al fatto di dover tenere conto della presenza presso il complesso dell'Azienda Ospedaliera e dell'adiacente Istituto Oncologico Veneto di vari cantieri della Ditta LASA per lavorazioni in subappalto che, di fatto, portano ad una economia notevole di costi e di tempi.

3) per la percentuale riservata alle spese generali e agli utili di impresa (dichiarata da Lasa nella misura del 3% per spese generali e del 2% per gli utili), il verificatore ha illustrato l'attendibilità di tali dati, facendo riferimento - per le spese - alla possibilità di utilizzo delle attrezzature ed opere provvisorie già esistenti con conseguente forte contenimento dei costi per il cantiere. La percentuale di utile del 2 % è anche compatibile con la valutazione di congruità dell'offerta, tenuto conto che non è possibile fissare una quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua e che analoghe percentuali sono state spesso riconosciute congrue dalla giurisprudenza.

4) per i costi dei materiali, si rinvia alla condivisibile valutazione di congruità del verificatore, che ha anche rilevato che mediante il ribasso d'asta i prezzi offerti rappresentano dei prezzi medi perché sono la risultante di una compensazione tra i prezzi remunerativi ed i prezzi meno o non remunerativi, tenendo conto delle proporzioni quantitative delle

singole categorie di lavoro.

5) la mancata inclusione nella retribuzione base dell'operaio della quota relativa alle ferie e ai permessi premio non riguarda nessuna delle 34 schede prescelte ai fini della verifica della congruità.

6) non è vero che gli aiuti di stato siano stati genericamente dichiarati dalla ditta Lasa al fine di giustificare i propri costi, in quanto il verificatore ha accertato che la aggiudicataria ha ricevuto contributi statali nel periodo dal 2004 al 2009 a seguito del D.M. 124571 del 23/06/2003 del Ministero delle Attività Produttive; aiuti da prendere in considerazione anche se riferiti al periodo fino al 2009 tenuto conto che i vantaggi non sono limitati all'anno di incasso dei contributi.

4. Con riferimento alle contestazioni mosse dalla parte appellata al rispetto del principio del contraddittorio nel corso della verifica, si osserva che tale principio risulta essere garantito fin dalla fissazione delle modalità di espletamento dell'accertamento contenute nella richiamata ordinanza istruttoria della Sezione, in cui era stato precisato, oltre alla possibilità per le parti di farsi assistere da propri consulenti, che il soggetto verificatore doveva trasmettere alle parti ovvero, se nominati, ai consulenti di parte uno schema della propria relazione, assegnando un termine per la presentazione di eventuali osservazioni e dovrà poi redigere la relazione finale, tenendo conto di tali osservazioni.

Ciò è avvenuto e ha garantito un pieno contraddittorio nella fase della verifica, non risultando vero quanto sostenuto dall'appellata circa lo svolgimento di accertamenti alla presenza della sola ditta Lasa e risultando del tutto irrilevante l'effettuazione di una unica visita di sopralluogo in cantiere eseguita alla presenza della Direzione Tecnica dei lavori.

Il verificatore ha, peraltro, risposto a tutte le osservazioni presentate dall'appellata alla sua bozza di relazione, con deduzioni, che il Collegio ritiene di condividere e a cui rinvia.

5. Sulla base delle precedenti considerazioni e degli accertamenti eseguiti dal verificatore, deve ritenersi che l'offerta dell'aggiudicataria nel suo complesso e nelle previsioni riguardanti le spese generali e l'utile d'impresa, risulta essere congrua e in alcun modo animata dall'intenzione di trarre lucro da inadempimenti delle obbligazioni contrattuali.

Va ricordato che il giudizio di anomalia dell'offerta deve riguardare non l'inesattezza di singole voci, ma l'offerta nel suo complesso e che, nel caso, di specie, l'accertamento tecnico disposto ha consentito sia di smentire le singole contestazioni relative a determinate voci di spesa, sia di valutare come congrua l'offerta nel suo complesso, togliendo rilievo alle ulteriori contestazioni mosse dall'appellata anche in sede di riproposizione dei motivi assorbiti in primo grado, da intendersi quindi tutti respinti sulla base di quanto detto in precedenza.

Non possono essere, quindi, accolte le richieste della parte appellata di procedere ad una rinnovazione della verifica o di assumere prove testimoniali su profili ormai chiariti o non rilevanti ai fini del decidere.

6. In conclusione, i ricorsi in appello vanno accolti con conseguente riforma della sentenza di primo grado e reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti proposti davanti al Tar, ovviamente anche con riferimento alle consequenziali questioni inerenti il contratto e il risarcimento del danno.

Alla soccombenza della parte appellata seguono le spese del doppio grado di giudizio e quelle della verifica nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), accoglie i ricorsi in appello indicati in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge ricorso e motivi aggiunti proposti in primo grado.

Condanna l'appellata alla rifusione delle spese di giudizio liquidate nella complessiva somma di Euro 6.000,00, oltre Iva e C.P. in favore della

Azienda ospedaliera di Padova e nella complessiva somma di Euro 6.000,00, oltre Iva e C.P. in favore della Lasa F.lli Nata s.r.l.

Liquida il compenso del verificatore nella complessiva somma di euro 6.100 (accessori e ritenuta d'acconto inclusi), da porre a carico della parte appellata, che è condannata a procedere al relativo pagamento.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2011

IL SEGRETARIO

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