

N. 04877/2012REG.PROV.COLL.  
N. 10672/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10672 del 2010 proposto da Seli Manutenzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale capogruppo dell'associazione temporanea di imprese costituita con la società MIT s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco De Marini e Lucio Laurenti, con domicilio eletto presso Lucio Laurenti in Roma, via F. Denza, 50/A;

*contro*

I.R.C.C.S. "CA' GRANDA OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO (già "Fondazione Irccs Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena"), in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Cerami e Giovanni C. Sciacca, con domicilio eletto presso Studio D'Amelio Sciacca & Associati in Roma, via della Vite, 7;

*nei confronti di*

Consorzio Stabile Ambrosiano Soc. Cons. a r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Roma, via

del Mascherino 72;

Christian Color Srl Capogruppo Mandataria in ati con Guastamacchia Spa,  
non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. Lombardia - Milano n. 65/2011, resa tra le parti,  
concernente la gara d'appalto per la manutenzione straordinaria delle  
strutture della Fondazione nonché per la tutela in forma specifica e per  
equivalente.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'I.R.C.C.S. "CA' GRANDA  
OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO nonché del Consorzio Stabile  
Ambrosiano Soc. Cons. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2012 il Cons. Vincenzo  
Neri e uditi per le parti gli avvocati Nicola Laurenti, su delega di Lucio  
Laurenti, Sciacca e Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Come emerge dalla sentenza appellata, con determinazione n. 203 del  
29.1.09, la Fondazione IRCCS Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e  
Regina Elena indicava una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di  
manutenzione straordinaria delle strutture di proprietà, da aggiudicarsi  
mediante il criterio del prezzo più basso, con importo a base d'asta di €  
5.000.000,00.

L'ATI SELI, odierna appellante, formulava un "ribasso unico e  
incondizionato" del 51,511% (risultato essere il più alto offerto in gara),  
allegando preventivamente talune giustificazioni relative all'offerta.

La Fondazione nel corso della gara richiedeva chiarimenti alla ricorrente in quanto l'offerta presentata era stata individuata come anormalmente bassa; dopo una prima risposta, l'Amministrazione integrava la propria originaria richiesta chiedendo all'odierna appellante di "presentare le giustificazioni in ordine al computo metrico" che veniva allegato alla missiva (richiesta anche questa evasa dall'ati interessata). Quindi, dopo la convocazione per l'esperimento del contraddittorio orale, la stazione appaltante, sul presupposto dell'insufficienza dei chiarimenti forniti, comunicava all'interessata l'esclusione dell'offerta perché inaffidabile.

Respinta una prima richiesta di accesso agli atti di gara, provvedimento questo oggetto di impugnazione innanzi al TAR, l'a.t.i. proponeva ricorso. Per quanto qui di interesse, nella camera di consiglio del 25 novembre 2009 il TAR accoglieva l'istanza di sospensione *"quanto all'eccepita contraddittorietà delle valutazioni espresse dalla Stazione appaltante relativamente alla congruità dei costi del lavoro specificati da parte ricorrente"*.

Conseguentemente l'Amministrazione, preso atto della motivazione della pronuncia cautelare, comunicava alla ricorrente di aver avviato un supplemento di istruttoria, avanzando richiesta di chiarimenti e, con successiva determinazione, la Fondazione, approvava gli atti di gara, compresi gli esiti della verifica di anomalia (conclusasi nel senso dell'inaffidabilità dell'offerta dell'appellante), aggiudicando i lavori al Consorzio Stabile Ambrosiano s.c.a.r.l., odierno appellato-controinteressato.

L'ati SELI impugnava gli atti con un secondo ricorso per motivi aggiunti e successivamente avanzava ulteriori profili di illegittimità con un terzo e quarto ricorso per motivi aggiunti.

Il TAR, con la sentenza impugnata, respingeva il ricorso.

Proponeva appello la SELI e nel giudizio di secondo grado si costituivano sia l' I.R.C.C.S. "CA' GRANDA OSPEDALE MAGGIORE

POLICLINICO (già “Fondazione Irccs Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena”) sia il Consorzio Stabile Ambrosiano Soc. Cons. a r.l.

Quindi all’udienza pubblica del 4 maggio 2012 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

1. La presente controversia riguarda una procedura di evidenza pubblica per l’aggiudicazione di un contratto avente per oggetto l’esecuzione di tutte le opere occorrenti per la manutenzione straordinaria dei fabbricati della stazione appaltante, odierna appellata; in considerazione dell’oggetto dell’appalto, così come anche affermato dal giudice di primo grado, ci si trova dinanzi ad un contratto aperto che, per le ragioni che si diranno nel prosieguo, può ritenersi ammissibile solo per le procedure intraprese - come nel caso di specie - prima dell’entrata in vigore del d.p.r. 207/2010.

L’articolo 154, comma 2, d.p.r. 554/1999, infatti, testualmente definiva contratti aperti gli appalti in cui la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità della stazione appaltante; era dunque “un contratto riferito ad un determinato arco di tempo che prevede(va), come oggetto, l’esecuzione di lavorazioni che sono(erano) singolarmente e distintamente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo ma non nel loro numero”.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso nell’adunanza del 17 settembre 2007 sullo schema di regolamento, ha affermato che nel «sistema del codice, da un lato non vi è alcuna norma che preveda il contratto aperto di manutenzione e per converso è stato previsto l’accordo quadro per lavori di manutenzione (art. 59 del codice), e dall’altro lato il regolamento non può né delegificare, né andare praeter legem, essendo un regolamento di sola esecuzione e attuazione»; pertanto per questo Consiglio si doveva escludere

che il nuovo regolamento potesse prevedere l'istituto del contratto aperto di manutenzione, essendo invece più opportuno dettare norme di esecuzione e attuazione dell'art. 59 del codice, in tema di accordo quadro per lavori di manutenzione.

In virtù di ciò il d.p.r. 207/2010 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*) non ha riprodotto la disposizione contenuta all'articolo 154, comma 2, d.p.r. 554/1999 che deve intendersi abrogata (Corte Costituzionale 11 febbraio 2011 n. 43).

In via interpretativa, e con asserzione non da tutti condivisa, l'Autorità di vigilanza ha affermato che «l'abrogazione implicita del contratto aperto di manutenzione da parte del nuovo Regolamento è risultata opportuna per la presenza nel Codice dei contratti pubblici di analoga previsione dell'accordo quadro, nella parte in cui i due istituti vengono sostanzialmente a coincidere, ossia con riguardo alla sotto-categoria dell'accordo quadro concluso con un unico operatore economico, che vincola ciascuna parte ad applicare ai futuri contratti applicativi le condizioni prefissate nell'accordo medesimo» (deliberazione n. 95 Adunanza del 26 ottobre 2011).

2. 1. Una volta ricostruito il quadro normativo, preliminarmente il Collegio ritiene di dover ricordare che oggetto del giudizio di appello, quale quello di fronte al Consiglio di Stato, è la sentenza di primo grado, non già il provvedimento impugnato in quel giudizio.

L'appello, pertanto, che assume i tratti di un'impugnazione e non di un gravame, non può consistere in una generica contestazione dell'erroneità della sentenza, poiché non può tradursi in un mero riesame della stessa questione trattata dal TAR quanto – necessariamente – in una critica alla sentenza di primo grado. All'appellante non è, quindi, consentito

riproporre le medesime censure dedotte dinanzi al TAR, senza una specifica contestazione delle conclusioni alle quali questo è pervenuto e delle argomentazioni che le sorreggono (cfr. Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3910; idem 19 giugno 2007, n. 3295). In altre parole, l'appello avverso la decisione di primo grado non può consistere nella mera riformulazione (o nel richiamo), dinanzi al Consiglio di Stato, delle censure prospettate con il ricorso di primo grado o in una mera riproposizione delle questioni e delle eccezioni articolate in quel grado. L'appello, piuttosto, deve contenere a norma dell'art. 101 c.p.a. "specifiche censure contro i capi della sentenza gravata" e solo con riferimento alle richiamate "specifiche censure" non sussistono ragioni di inammissibilità.

2.1. Così delimitato l'oggetto del giudizio di appello, con il primo motivo l'interessata deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui avrebbe omesso di pronunciarsi sui motivi di doglianza proposti in primo grado avverso il primo provvedimento di esclusione; per l'appellante, inoltre, sarebbe erronea anche la motivazione nella parte in cui ha giudicato legittimo il secondo provvedimento di esclusione. Sempre per l'appellante se il giudice di primo grado ha considerato l'istruttoria condotta successivamente all'ordinanza cautelare emessa dal Tar come integrazione del sub-procedimento di anomalia in precedenza svolto, sarebbe errata la mancata valutazione in primo grado delle censure proposte avverso il primo provvedimento di esclusione per l'inaffidabilità dell'offerta. Qualora, invece, si volesse considerare che, a seguito dell'ordinanza cautelare, la stazione appaltante abbia inteso rinnovare l'intero procedimento di valutazione dell'anomalia, sarebbe erronea la valutazione compiuta dal Tar, perché sarebbe mancato qualsivoglia confronto in contraddittorio sulle giustificazioni fornite a seguito delle richieste di chiarimenti da parte del consulente esterno.

2.2. Per il consorzio la decisione del giudice di primo grado - nella quale si

dà atto di un articolato confronto fra le parti nel corso di tutto il complesso e prolungato iter di verifica - sarebbe corretta sia in considerazione dell'effettivo andamento del procedimento durante il quale l'appellante ha potuto compiutamente esporre le sue ragioni sia in considerazione di un recente orientamento di questo Consiglio che svaluterebbe l'inosservanza formale, priva di lesività sostanziale, di alcuni passaggi del procedimento di verifica dell'offerta sospettata di anomalia (si vedano pagine 10-11 della memoria datata 16 aprile 2012).

2.3. Per il TAR «...sotto un primo, preliminare aspetto, la rinnovazione della verifica della congruità dell'offerta posta in essere dalla Stazione appaltante a seguito dell'ordinanza cautelare adottata dalla Sezione nella camera di consiglio del 25.11.09 induce a superare sia i motivi dedotti nel ricorso introduttivo sia i primi motivi aggiunti, ove si consideri che l'evoluzione dell'articolato procedimento di verifica è stato tale che alcun dubbio può nutrire la ricorrente circa la natura delle osservazioni poste poi a fondamento della disposta esclusione.

La Stazione appaltante, infatti, dopo aver espletato il visto supplemento istruttorio, ha adottato l'esclusione dalla gara che è stata motivata su profili di incongruità dell'offerta di per sé idonei a fondare la disposta esclusione.

In tema di verifica di congruità, infatti, la giurisprudenza ha precisato che le Stazioni appaltanti non sono tenute in tale fase a dar conto della compiuta valutazione di ogni singola giustificazione prodotta dalle offerenti, essendo sufficiente evidenziare nel provvedimento conclusivo gli elementi dirimenti in ordine alla valutazione di inaffidabilità. (Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694).

Ne deriva che il procedimento di verifica contestato può essere esaminato unicamente sotto il profilo della ragionevolezza dei criteri adottati e dell'attendibilità e congruità delle conclusioni tratte dagli elementi emersi in sede istruttoria.

Per questo aspetto la ricorrente censura l'operato dell'Amministrazione con il secondo, terzo e quarto ricorso per motivi aggiunti, contestando nel merito i risulta esiti per essa sfavorevoli delle ridetta procedura...».

2.4. Il motivo non può essere accolto. Per un verso, non v'è dubbio, che il giudice di primo grado ha correttamente considerato il procedimento che ha portato all'esclusione come un unico sub-procedimento che si è articolato in un complesso contraddittorio (con richieste di giustificazioni, precisazioni, convocazione personale e ulteriori richieste) tra la stazione appaltante e il raggruppamento interessato sia prima sia dopo l'adozione dell'ordinanza cautelare citata in premessa. Sotto tale aspetto, dunque, il contraddittorio è stato adeguatamente garantito e non vi sono ulteriori profili di illegittimità procedurale. Giova, inoltre, aggiungere che dal motivo di appello non emergono consistenti profili di congruità dell'offerta che avrebbero reso opportuna, ma non necessaria sotto un profilo giuridico, una ulteriore fase di contraddittorio. In altri termini, il principio di derivazione comunitaria che richiede l'attivazione del contraddittorio nel procedimento di verifica delle offerte anomale (correttamente richiamato a pagina 10 della memoria dell'appellante datata 16 aprile 2012) non deve essere inteso in senso formale bensì, come statuito anche da questo Consiglio, in un'accezione di tipo sostanziale, con la conseguenza che eventuali omissioni di tipo formale, prive di lesività sostanziale, non inficiano il giudizio (Cons. St., V, 20 febbraio 2012 n. 875).

Anche con riferimento alla adombrata erroneità della sentenza nella parte in cui avrebbe dichiarato improcedibile il ricorso principale e i primi motivi aggiunti, la decisione del giudice di primo grado resiste alle censure prospettate in appello perché nella sentenza in questione si perviene a tale risultato in ragione del fatto che l'esclusione dalla gara "è stata motivata su profili di incongruità dell'offerta di per sé idonei a fondare la disposta esclusione" (si vedano pagine 10-11 della sentenza del Tar); in altri termini, per il giudice di primo grado, con argomentazione che resiste alla censura, l'esclusione adottata a seguito dell'ulteriore istruttoria disposta dopo l'ordinanza cautelare del Tar presenta ragioni di per sé su sufficienti per

estromettere dalla gara l'offerta ritenuta inaffidabile. Tale principio risulta, inoltre, coerente con la giurisprudenza di questo Consiglio che, in diverse occasioni, ha stabilito che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma persegue il fine di accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o non dia serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (Cons. St., IV, 4 maggio 2012 n. 2566).

3.1. Con il secondo motivo d'appello si censura la decisione di primo grado nella parte in cui avrebbe omissis di pronunciarsi sul rispetto delle regole procedurali disciplinate dal codice dei contratti per la verifica di anomalia (pagina 21 dei motivi di appello). Sempre per l'appellante il Tar avrebbe travisato il contenuto della doglianza, doglianza questa che non si sarebbe riferita alle modalità di conferimento dell'incarico al professionista esterno, ma piuttosto alla stessa decisione dell'ente di provvedere alla nomina di un consulente esterno, oltre che ai contenuti e all'estensione dell'incarico in questione (pagina 22 dei motivi di appello). A sostegno di tale censura parte appellante riporta un orientamento giurisprudenziale che sarebbe contrario al conferimento dell'incarico per la valutazione di congruità dell'offerta a soggetti estranei all'amministrazione.

Sempre per parte appellante la decisione del Tar sarebbe erronea, inoltre, nella parte in cui ha ritenuto inammissibile per genericità il denunciato difetto di adeguate professionalità in capo al consulente; per la parte interessata, invece, l'affermazione del Tar, secondo la quale la doglianza dell'appellante sarebbe rimasta "sprovvista di ogni prova", si risolve in un'indebita sovversione dei principi che governano l'onere della prova nel processo amministrativo ed in particolare del cd principio dispositivo attenuato dal metodo acquisitivo (pagine 25-26 dei motivi di appello). Il conferimento dell'incarico sarebbe dunque illegittimo ( con conseguente travolgimento del provvedimento di esclusione che sull'attività del

consulente si fonda) per avere l'amministrazione omesso di effettuare il necessario vaglio in ordine alla sussistenza in capo all'ingegnere delle competenze tecniche necessarie, così come sull'esistenza di eventuali profili di incompatibilità soggettiva.

3.2. Per il consorzio controinteressato, invece, l'attività dell'amministrazione sarebbe legittima perché il responsabile del procedimento potrebbe avvalersi di soggetti esterni per la verifica delle offerte anomale e perché l'amministrazione ha approvato l'attività compiuta dal professionista esterno.

3.3. Per l'articolo 88, comma 1 *bis*, primo periodo del Codice dei Contratti, la stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte. Ai sensi dell'art. 121, comma 4, d.p.r. 207/2010, inoltre, il responsabile del procedimento può, qualora lo ritenga necessario, richiedere la nomina di un'apposita commissione per espletare la verifica delle offerte sospette.

La norma di legge è chiara, quindi, nell'attribuire la competenza sulla verifica di anomalia alla stazione appaltante e, per altro verso, il regolamento prescrive espressamente la triplice possibilità per la stazione appaltante di demandare tale verifica ai suoi uffici interni ovvero alla commissione di gara ovvero ancora ad una commissione ad hoc nominata. Il regolamento, dunque, ben individua le competenze di ciascuno dei soggetti coinvolti e le modalità di investitura dell'organo deputato alla verifica di anomalia.

3.4.1. Per la decisione del motivo occorre rilevare in via generale che nel giudizio di fronte al Consiglio di Stato non possono trovare ingresso censure non prospettate in primo grado in base al noto divieto di *ius novorum* in appello come principio in base al quale non è consentito accedere, in secondo grado di giudizio, ad alcun ampliamento della

domanda (cfr. Cons. St., VI, 21 giugno 2011, n. 3715; idem 2 marzo 2011, n. 1303). Il divieto appena menzionato, che ha carattere assoluto e di ordine pubblico processuale e la cui ratio promana dalla fondamentale esigenza di assicurare il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione, impone l'immutabilità della causa petendi introdotta in primo grado. L'effetto devolutivo dell'appello, oggi consacrato dall'art 104 c.p.a., dal quale discende il divieto — con le eccezioni ora previste dal c.p.a. — di porre nuove difese rispetto a quelle formulate innanzi al primo giudice, assicura che l'oggetto del giudizio del gravame non risulti più ampio di quello su cui si è pronunciato il giudice della sentenza appellata (cfr. Cons. St., sez. V, 24.4.2009, n. 2588)

3.4.2. Venendo al caso di specie, e in ragione del richiamato quadro normativo e regolamentare, la censura si appalesa infondata nella parte in cui sembrerebbe affermare che la stazione appaltante non poteva ricorrere ad un professionista esterno per la valutazione di congruità dell'offerta sospettata di anomalia. A giudizio del Consiglio, invece, il chiaro disposto normativo e regolamentare permette all'amministrazione di ricorrere — nei casi previsti — a soggetti esterni per la valutazione di congruità dell'offerta sospettata di anomalia.

Sotto altro aspetto, a giudizio di questo Consiglio, la doglianza incentrata sull'impossibilità di valutare per tempo il curriculum del professionista esterno — curriculum depositato in questo grado di giudizio dalla stazione appaltante — appare inammissibile per difetto di interesse: tale aspetto, infatti, potrebbe riguardare solo altri soggetti interessati al conferimento dello stesso incarico, laddove l'operatore economico che partecipa alla gara può solo prospettare in giudizio errori nella valutazione di congruità compiuti dal soggetto incaricato della verifica (a suo giudizio dovuti ad incompetenza del professionista in carica). Solo incidentalmente, va comunque rilevato che anche la censura incentrata sull'asserita violazione

del principio dispositivo con metodo acquisitivo non coglie nel segno, perché il Consiglio condivide la conclusione cui è pervenuto il TAR in ordine alla necessità che la parte che vi ha interesse debba fornire, quanto meno, un principio di prova relativamente ai fatti e alle circostanze addotti nei suoi scritti difensivi.

Con riferimento, infine, all'esistenza di possibili profili di "incompatibilità soggettiva" (pagina 27 dei motivi di appello) del professionista, il Consiglio rileva che tali aspetti sono dedotti in maniera assolutamente generica e, conseguentemente, vanno dichiarati inammissibili.

4.1. Con il terzo motivo di appello l'interessata censura la sentenza del giudice di primo grado nella parte in cui ha respinto la doglianza relativa alla valutazione dei tempi di esecuzione sulla base del raffronto con i valori indicati nel Tempario del Sole 24 Ore. Per parte appellante la decisione sarebbe errata perché in primo grado, a differenza di quanto sostenuto dal Tar, sarebbe stata dedotta l'illegittimità del procedimento in ragione della mancata preventiva comunicazione del parametro in questione; ciò, a dire della parte appellante, le avrebbe precluso la facoltà di misurare consapevolmente la propria offerta sul parametro in questione e di esporre pienamente le relative controdeduzioni a differenza di quanto sarebbe avvenuto per il consorzio aggiudicatario, al quale il detto parametro sarebbe stato comunicato in anticipo. La sentenza, inoltre, sarebbe errata perché risulterebbe assodato che il giudizio di non congruità dell'incidenza della manodopera discende direttamente ed esclusivamente dallo scostamento dei valori indicati nel più volte citato Tempario.

4.2. Per il consorzio controinteressato, invece, le stime orarie dell'odierna appellante sarebbero errate a prescindere da qualunque parametro di riferimento; al riguardo il consorzio rileva che, ad esempio, per la posa in opera di *"intonaco a rustico su pareti verticali tirato in piano a fratazzo per interni, compresi gli occorrenti ponteggi"* l'appellante avrebbe stimato tempi di

esecuzione ridottissimi, essendo poco plausibile che una squadra di due operai in otto ore realizzi 80 m<sup>2</sup> di intonaco (pagina 15 della memoria). La "non verosimiglianza delle stime" sarebbe poi confermata dalle modifiche al valore offerto, che sarebbe passato da euro 7,95 /metro quadro per attestarsi su € 10,78 /metro quadro con un incremento percentuale relativo addirittura superiore al 35%.

La valutazione di anomalia operata dalla stazione appaltante, dunque, sarebbe legittima e, in senso contrario, non potrebbe essere addotto alcun profilo relativo alla validità e all'opponibilità del Tempario in questione.

Inoltre le giustificazioni prodotte dall'appellante renderebbero, comunque, illegittima la sua offerta perché, lungi dal limitarsi ad una mera attività di compensazione, avrebbero alterato i valori dei prezzi unitari incrementando l'ammontare di poco meno della metà di tutte le voci di prezzo oggetto della richiesta di giustificazioni del 26 gennaio 2010 (pagina 17 della memoria). In altri termini, per il consorzio appellato non sarebbe consentita una modifica nella formulazione dell'offerta attuata attraverso la produzione delle giustificazioni, in considerazione del fatto che il sub-procedimento di verifica delle offerte anomale non è volto consentire aggiustamenti dell'offerta, ma al contrario serve a verificare la serietà di un'offerta consapevolmente formulata ed immutabile.

Sempre per il controinteressato, inoltre, l'appellante per dieci prezzi avrebbe addirittura mancato di consegnare il preventivo del fornitore che era stato espressamente richiesto dall'amministrazione (pagina 20 della memoria). Infine, non risponderebbe al vero la circostanza che il consorzio controinteressato avrebbe goduto di un trattamento più favorevole, non essendo possibile alcun confronto tra le due diverse offerte.

4.3. In modo articolato il TAR ha affermato:« *Con il motivo n. 8, viene dedotta l'illegittima introduzione, da parte della Stazione appaltante, di un innovativo parametro cui commisurare la correttezza dei valori specificati dalla ricorrente in tema*

*di incidenza della manodopera.*

*A tal proposito evidenzia che, nella Relazione conclusiva dell'Ing. Masiello, si afferma che "in alcune voci di prezzo l'incidenza della manodopera esposta nei giustificativi aggiornati risulta ancora sottostimata se confrontata con i valori indicati nel TEMPARIO del Sole 24 ore".*

*Sulla base di tale parametro, non contemplato dalla disciplina di gara né, tanto meno, comunicato in sede di richiesta di chiarimenti, si sarebbe desunta la pretesa esiguità dei tempi di intervento ritenuta rilevante in sede di esclusione.*

*Anche questo motivo è infondato.*

*L'incidenza dei costi della manodopera sulle lavorazioni è stato, invero, oggetto di contestazione sin dalle prime fasi del procedimento di verifica (v. scheda, doc. 15 c, dell'Amministrazione) e il Tempario contestato non è stato surrettiziamente introdotto quale nuovo parametro di legittimità dell'offerta, ma è stato considerato esclusivamente come un riferimento qualificato in relazione al quale ricavare elementi di valutazione circa un aspetto significativo dell'offerta.*

*In sede di verifica di congruità, infatti, la necessità di formulare un giudizio sotto il profilo della complessiva attendibilità dell'offerta, consente il ricorso a fonti esterne nella misura in cui siano qualificate e rappresentative dei reali costi (tale natura del Tempario non è messa in discussione dalla ricorrente).*

*Ciò che viene posto in rilievo dal consulente, e assunto a presupposto dell'esclusione, non è, infatti, il mero scostamento dai valori indicati nel Tempario, ma l'esiguità degli importi dichiarati, ritenuti eccessivamente bassi e in relazione ai quali, i valori del listino assumono una valenza meramente indiziaria a supporto dell'evidente incongruità ed insostenibilità degli stessi.*

*D'altra parte la sottostima dei valori specificati in offerta è implicitamente confermata dalla stessa ricorrente che, in sede di contraddittorio, pur senza allinearsi ai dati del Tempario, li ha significativamente aumentati.*

*Il che ricorre anche, a puro titolo esemplificativo, come riporta il consulente, per la voce di costo B.6.04.315.B1, che, pur mantenendo valori distanti da quelli del Tempario (€*

0.59 h/mq), è stata successivamente variata in rialzo passando da un dato dichiarato di € 0.18 h/mq a quello di € 0.30 h/mq.

Analogo incremento si è registrato in relazione alla voce A.2.04.154.CO, per la quale la ricorrente ha elevato l'importo da € 0.50 h/mq a € 0.82 (a fronte di un valore specificato nel Tempario pari a € 1.00-1.40)

L'importanza annessa dalla Stazione appaltante allo specifico profilo e l'incidenza delle richiamate sottostime ai fini della finale valutazione in questa sede contestata sono state oggetto di puntuale motivazione in seno alla determinazione di esclusione, ove si precisa che "in merito all'incidenza della manodopera, la sottostima individuata su alcuni prezzi riveste maggiore rilevanza in considerazione della tipologia dell'appalto che, trattandosi di manutenzioni, comporterà l'esecuzione delle lavorazioni in condizioni disagiate e con logistiche difficoltose in considerazione della prevedibile presenza di attività ospedaliere limitrofe che dovranno essere mantenute in funzione durante le lavorazioni"».

4.4. A giudizio del Collegio anche questo motivo non deve essere accolto.

In primo luogo va ribadito che, a giudizio del Consiglio, nella procedura in questione è stato pienamente garantito l'effettivo contraddittorio in fase di verifica di congruità delle offerte.

In secondo luogo va rilevato che per il chiaro tenore della legge (articolo 88 Codice dei Contratti) la stazione appaltante deve chiedere le giustificazioni e le precisazioni necessarie, ma non ha l'obbligo di indicare preventivamente, così come affermato a pagina 29 dei motivi di appello, il parametro che utilizzerà per le sue valutazioni finali.

In terzo luogo va rilevato che il motivo di appello introduce, comunque, una doglianza di tipo "formale" — perché non sarebbe possibile "... desumere da quali elementi il Giudice di prima istanza tragga la convinzione secondo la quale ciò che verrebbe posto in rilievo non sarebbe il mero scostamento dai valori indicati nel Tempario, ma l'esiguità degli importi dichiarati..."; perché il profilo relativo all'incidenza dei costi della manodopera sulle lavorazioni non

sarebbe stato oggetto di contestazione sin dalle prime fasi del procedimento di verifica; perché, infine, sarebbe impossibile ricostruire la provenienza dei documenti prodotti in giudizio all'amministrazione (pagina 30 dei motivi di appello) — che non riesce a scalfire la valutazione sostanziale di non congruità operata in prima battuta dalla stazione appaltante e poi condivisa dal TAR. In altri termini, dal motivo di appello non emergono ragioni sostanziali di erroneità del giudizio di anomalia, ma al contrario solo aspetti procedurali non fondati.

In quarto luogo, alla luce delle superiori considerazioni e condividendo per il resto le motivazioni contenute nella sentenza del TAR, diviene irrilevante la circostanza per cui il parametro basato sul tempario era stato comunicato al controinteressato, circostanza questa che può ritenersi pacifica perché non contestata dal consorzio.

5.1. Con altra censura parte appellante deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui avrebbe ritenuto lecita una valutazione di anomalia dell'offerta in via presuntiva perché calcolata su un campione rappresentativo delle voci componenti l'offerta, laddove sarebbe stato più corretto sottoporre a verifica tutte le voci per comprendere se l'incremento dell'8,47% - rispetto all'importo iniziale e riscontrato in sede di giudizio di anomalia - riguardasse anche le voci non verificate oppure, secondo quanto prospettato dall'appellante, solo quelle sottoposte a verifica.

Per parte appellante, inoltre, il giudice di primo grado sarebbe incorso in un "equivoco" (pagina 34 dei motivi di appello) in considerazione del fatto che l'offerta era stata formulata attraverso un ribasso unico ed incondizionato della 51,511% e che solo in relazione alle schede giustificative la ricorrente avrebbe apportato alcune precisazioni e non anche con riferimento all'offerta che nel suo complesso sarebbe rimasta immutata.

In conclusione per l'appellante non vi sarebbe stata alcuna riformulazione della propria offerta, ma unicamente precisazioni di alcune giustificazioni in

precedenza fornite anche in considerazione dell'esplicita sollecitazione in tal senso pervenuta da parte della stazione appaltante.

5.2. Per il consorzio controinteressato l'appellante avrebbe omesso di considerare il fatto che si trattava di contratto "aperto" e che, conseguentemente, era impossibile per l'ente pianificare in via anticipata la quantità delle singole lavorazioni richieste ai concorrenti; conseguentemente, in un simile contesto, l'unico dato rilevante non poteva che essere costituito dall'effettiva "rappresentatività" delle voci di prezzo unitario che di volta in volta l'amministrazione aveva prescelto per "misurare" la congruità delle offerte, rimanendo inutile il riferimento alle quantità previste dal computo metrico. In questa logica si sarebbe effettuata una scelta su un intervento tipico di manutenzione straordinaria e sulle relative voci di prezzo che più frequentemente ricorrono nella realizzazione di interventi in questione; i 70 prezzi unitari per i quali è stato condotto con il più approfondito esame di congruità rappresenterebbero uno spaccato completo delle lavorazioni che più frequentemente ricorrono nell'esecuzione degli interventi di manutenzione straordinaria descritti nella legge di gara.

5.3. In modo più articolato, rispetto a quanto prospettato in appello, il TAR sulla questione così si è espresso:«... *Con il motivo n. 7 (terzi motivi aggiunti), SELI censura il merito del procedimento di verifica tanto con riferimento ai criteri adottati che alle finali conclusioni, che sarebbero prive di fondamento.*

*La Stazione appaltante non avrebbe valutato l'offerta prodotta in gara dalla ricorrente, ma avrebbe tratto un giudizio di complessiva insostenibilità di essa, vagliando unicamente un campione corrispondente ad un valore di € 274.130,04, nell'ambito del quale, avrebbe verificando voci per soli € 155.193,78.*

*Il motivo è infondato.*

*Nell'occasione, la Stazione appaltante, preso atto dell'esito cautelare, con nota del 26.01.10, aveva disposto un'integrazione istruttoria, indicando il criterio cui si sarebbe*

*attenuta per la valutazione di anomalia con contestuale trasmissione di 70 schede prezzi (riferita ad un computo metrico campione) sulle quali riportare le giustificazioni richieste. (sul punto si evidenzia come sia la stessa ricorrente a rilevare la significatività del chiarimento richiesto, ove afferma che “con la riapertura dell’istruttoria, disposta a seguito della ricordata ordinanza cautelare, la Fondazione, con comunicazione del 26 gennaio 2010, si è finalmente risolta a richiedere ben 70 pagine di chiarimenti su specifici aspetti dell’offerta”)*

*SELI replicava alla suddetta richiesta con nota del 10.02.10, precisando di aver effettuato “un riesame profondo delle schede analisi prezzo” e dando atto che “tale revisione non modifica il ribasso percentuale esposto in sede di gara (sconto del 51,51%) pur revisionando in maniera differenziata alcuni prezzi già revisionati nelle precedenti comunicazioni”*

*Sulla scorta di detta documentazione l’ing. Masiello osserva ostativamente che, “adottando i prezzi riportati nei giustificativi consegnati in data 20 aprile 2009”, l’importo complessivo riferito alle voci del computo tipo adottato “assomma a 72.373,47 Euro, mentre adottando i prezzi riportati nei giustificativi consegnati a seguito della richiesta del 26 gennaio assomma a 78.504,34 Euro. L’incremento dell’importo pari a 6.130,87 Euro costituisce l’8,47% rispetto all’importo iniziale, e quindi superiore alla percentuale di utile dichiarato pari al 5%. Considerato inoltre che trattasi di appalto aperto per lavori di manutenzione straordinaria per il quale pertanto la composizione dei lavori potrebbe variare rispetto al computo metrico assunto quale tipologico, l’aumento significativo dei prezzi giustificati in seconda istanza non garantisce il mantenimento della percentuale di utile previsto dall’Appaltatore”.*

*Secondo la ricorrente, invece, le illustrate conclusioni sarebbero basate su un computo metrico, non riferito ai lavori oggetto di affidamento, mentre i calcoli compiuti dai quali emerge uno scostamento di € 6.130,87, suscettibile di assorbire l’intero utile dichiarato, sarebbero palesemente erronei, posto che la somma indicata non potrebbe assorbire l’8,47% della base d’asta (€ 5.000.000,0).*

*Le suddette argomentazioni sono anch’esse prive di pregio.*

*Osserva il Collegio che, da una parte, la percentuale di utile dichiarato non va commisurata alla base d'asta, ma all'importo offerto che, nel caso di specie, è inferiore alla metà e che, dall'altra, la ricorrente confronta due dati risultanti dall'applicazione di un tasso percentuale su differenti basi (la base d'asta, la ricorrente, e il valore del computo campione, il consulente), trascurando di considerare che oggetto la gara all'esame è un cosiddetto "appalto aperto", che presenta, cioè, una prestazione di contenuto non predeterminabile ex ante in tutte le sue componenti: lo stesso Capitolato Speciale d'appalto, all'art. 5, fornisce, infatti, la "descrizione sommaria delle opere e dei servizi oggetto dell'appalto", precisando che "le opere oggetto dell'appalto riguardano la messa a norma e la riqualificazione di parti di edifici e di impianti con carattere d'urgenza che si renderanno necessarie nel periodo indicato dall'art. 2 del presente CSA e saranno pertanto individuate dall'ente sia nella loro consistenza che nella loro articolazione e durata temporale".*

*Ne deriva che il giudizio di complessiva attendibilità condotta in sede di verifica di anomalia non poteva che riferirsi ad un computo "tipo" appositamente predisposto con criteri tali da renderlo rappresentativo delle lavorazioni che si andranno a realizzare.*

*Nella fattispecie, l'Amministrazione, ha individuato una serie di interventi relativi a forniture e pose in opera afferenti le possibili future lavorazioni al fine di rendere strutturalmente omogeneo quanto dovrà successivamente eseguirsi (opere edili, impianti tecnologici ed elettrici, ecc.).*

*Preso atto del criterio prestabilito, il procedimento logico - deduttivo condotto dal consulente, fondandosi su di un campione, comporta che il raffronto costi/utile non possa che essere rapportato alla medesima grandezza, ovvero, all'importo del campione esaminato risolvendosi, in ultima analisi, in un confronto fra dati percentuale.*

*Con riferimento a tale campione sono stati analizzati i rialzi di costo applicati dalla ricorrente, accertando l'incidenza percentuale delle apportate modifiche sui margini di utile attesi e rilevando che questi coprono solo una parte degli incrementi registrati.*

*Ne deriva che il campione è da ritenersi rappresentativo dell'intero ventaglio delle lavorazioni oggetto di gara (come è stato ritenuto), per cui il giudizio a esso riferito è*

*ragionevolmente estendibile all'intera offerta: il criterio adottato, dalla quale si evince la rappresentatività del computo così elaborato si accredita dunque come indice qualificato e attendibile della complessiva sostenibilità o meno dell'offerta.*

*Sotto altro non meno significativo profilo deve rilevarsi che, in sede di contraddittorio scritto, la ricorrente ha riformulato i prezzi unitari indicati su ben 31 voci delle 70 contemplate, modificando sostanzialmente la propria offerta sì da determinarne autonomamente l'esclusione.*

*Come ormai pacifico in giurisprudenza "in sede di verifica della congruità dell'offerta presentata in una gara d'appalto di lavori pubblici, il principio del contraddittorio successivo (come imposto dalle regole comunitarie interpretate dalla Corte di giustizia con la sentenza 27 novembre 2001 n. 285) mira a consentire un fisiologico arricchimento degli elementi dedotti in origine e quindi incontra un limite nel divieto - immanente al sistema - di trasformazione dell'offerta originaria in un quid sostanzialmente nuovo o diverso per mezzo delle ulteriori giustificazioni". (Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2006, n. 2021).*

*E' noto al Collegio quell'indirizzo della giurisprudenza che ritiene, entro certi limiti, possibile l'aggiustamento delle varie componenti dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146), restando in ogni caso fermo che:*

*a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lascia le voci di costo invariate;*

*b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo trova il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.*

*La giurisprudenza ha, infatti, precisato che il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile" (Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451)*

*E' dunque anche su tale base incontestato che non si può consentire che, in sede di giustificazioni, vengano rimodulate le voci di costo al solo scopo di armonizzare la*

*struttura dell'offerta con l'importo derivante dal ribasso formulato.*

*A fronte dell'intervenuta riformulazione delle voci di costo operata dalla ricorrente, deve conclusivamente ritenersi che il giudizio di inattendibilità formulato dalla Stazione appaltante sulla base delle risultanze del segmento istruttorio supplementare sia da condividere...».*

5.4. Il Collegio ritiene di condividere la motivazione posta a fondamento della decisione del Tar.

In primo luogo, infatti, non va dimenticato (come già ricordato in premessa) che nel caso di specie si trattava di appalto aperto e che conseguentemente la prestazione cui l'appaltatore si obbliga è quella di effettuare lavori di manutenzione secondo quelle che saranno le necessità della stazione appaltante. Conseguentemente non v'è dubbio che il criterio prescelto per la verifica di congruità delle offerte sospettate di anomalia possa ritenersi immune da vizi tali da comportarne l'illegittimità, non emergendo macroscopici profili di illogicità o di irragionevolezza nelle scelte operate dall'amministrazione.

In secondo luogo va ribadito che il Tar ha fondato l'accertamento della legittimità dell'esclusione anche con riferimento alla violazione del divieto di trasformare l'offerta originaria in qualcosa di sostanzialmente nuovo o diverso. In tal senso il giudizio formulato dal Tar, in ordine alla modifica della propria offerta, resiste, a giudizio del Consiglio, alle censure proposte in appello.

6.1. Per l'appellante la sentenza di primo grado sarebbe erronea anche con riferimento alla statuizione sulle spese di giudizio. Il comportamento tenuto dalla stazione appaltante giustificerebbe una diversa distribuzione delle spese di giudizio anche in considerazione del fatto che "per esclusiva responsabilità dell'Amministrazione stessa" sarebbe stato necessario un defatigante iter processuale.

A giudizio del Collegio la statuizione sulle spese adottata dal giudice di

primo grado è corretta in considerazione del fatto che, dopo la statuizione cautelare emessa dal Tar, il successivo provvedimento di esclusione nei cui confronti è stata rivolta tutta la successiva attività processuale è legittimo. In altri termini la sostanziale correttezza dell'esclusione disposta dalla Stazione appaltante dopo la pronuncia cautelare determina, a giudizio di questo Consiglio, anche il rigetto del motivo incentrato sulla condanna alle spese di giudizio decisa in primo grado

7. Vanno altresì respinte, per logica conseguenza, le richieste di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato nelle more tra l'amministrazione e il consorzio, nonché l'istanza di tutela per equivalente o in forma specifica.

8. In conclusione l'appello deve essere respinto. Alla soccombenza segue la condanna dell'appellante al pagamento delle spese e degli onorari di questo grado di giudizio che liquida in € 2.500,00 (€ cinquemila / 00 centesimi), oltre IVA e CP se dovute, in favore di ciascuna delle parti resistenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese e degli onorari di questo grado di giudizio che liquida in € 2.500,00, oltre IVA e CP se dovute, in favore di ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Vincenzo Neri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2012

IL SEGRETARIO

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