

N. 05703/2012REG.PROV.COLL.  
N. 02348/2011 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 2348 del 2011, proposto da:

Edilcostruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Distante e Antonio Salerno, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

*contro*

Comune di Santa Cesarea Terme, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Finocchito, con domicilio eletto presso Valeria Pellegrino in Roma, corso Rinascimento, n. 11;

*nei confronti di*

Cem s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Como, con domicilio eletto presso Sergio Como in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 49;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 00321/2011, resa tra le parti, concernente: affidamento lavori di consolidamento del costone roccioso - località Porto Miggianno -

mcp.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Santa Cesarea Terme e di Cem s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2012 il Cons. Carlo Schilardi e uditi per le parti gli avvocati A. Distante su delega di A. Salerno, Pafundi su delega di M. Finocchito e S. Como;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Il Comune di Santa Cesarea Terme, con determina del Responsabile dei Lavori Pubblici n. 35 del 10.5.2010, indiceva una gara per l'appalto dei lavori di consolidamento del costone roccioso di Porto Miggiano, da aggiudicare secondo il criterio del "massimo ribasso" ai sensi dell'art. 82, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006.

La Commissione aggiudicatrice, composta dal geom. Salvatore Bleve in qualità di Responsabile Unico del Procedimento (R.u.p.) e Responsabile del Settore LL.PP. del Comune, nonché da due dipendenti comunali, nella seduta di gara del 23.6.2010, con verbale n. 1, ammetteva alla gara n. 18 concorrenti e disponeva la verifica di congruità, ai sensi degli artt. 86, 87 e 88 del D.Lgs. n. 163/2006 e della parte seconda (capi 9.1 e 9.2) del disciplinare di gara, per le offerte che superavano la soglia dell'anomalia.

La stazione appaltante, pertanto, chiedeva alle ditte che avevano presentato una offerta anomala, entro un termine perentorio a pena di esclusione, di produrre "le giustificazioni relative agli elementi costitutivi dell'offerta".

Entro il termine assegnato presentavano i giustificativi richiesti solo la

“CEM s.p.a.”, che aveva presentato una offerta di ribasso del 51,80 % e la “Edilcostruzioni s.r.l.”, che aveva presentato una offerta di ribasso del 51,42%.

Nella seduta di gara del 18.10.2010, con verbale n. 2, il R.u.p. procedeva all'esame della documentazione giustificativa dell'impresa CEM s.p.a., all'esito della quale riteneva che la stessa fosse sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta considerata nel suo insieme.

Con determina n. 87 del 22.10.2010, il responsabile del procedimento - presidente del seggio di gara, procedeva quindi all'approvazione dei verbali di gara nn. 1 e 2 ed all'aggiudicazione in via definitiva dei lavori all'impresa CEM s.p.a.

Avverso tali provvedimenti la “Edilcostruzioni s.r.l.” proponeva ricorso al T.A.R. per la Puglia - Lecce, con contestuale istanza di sospensiva, lamentando la violazione e falsa applicazione di legge, la violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 del D.Lgs. n. 163/2006, la violazione del bando e del disciplinare di gara, il difetto di motivazione, l'irrazionalità ed ingiustizia manifesta e il difetto di istruttoria.

Il T.A.R. per la Puglia, con sentenza n. 321 del 18.2.2011, ha rigettato il ricorso ritenendolo infondato.

Avverso la decisione del T.A.R. ha prodotto appello la “Edilcostruzioni s.r.l.”, riproponendo in sostanza le censure già dedotte nel ricorso originario e cioè: violazione e falsa applicazione di legge, violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 del D.Lgs. n. 163/2006, violazione del bando e del disciplinare di gara, difetto di motivazione, irrazionalità ed ingiustizia manifesta e il difetto di istruttoria.

Si è costituito in giudizio il Comune di Santa Cesarea Terme che ha eccepito l'infondatezza dell'appello e dell'istanza di sospensiva e chiesto, conseguentemente, il rigetto del gravame, con condanna alle spese dell'appellante.

Si è costituita altresì in giudizio la “CEM s.p.a.” che ha chiesto il rigetto dell'appello, eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza dello stesso.

Con decreto del Consigliere Delegato di questa Sezione, n. 1396 del 26 marzo 2011, è stata respinta l'istanza di misure cautelari provvisorie, avanzata dalla Edilcostruzioni ai sensi degli artt. 56 e 98, co. 1, c.p.a..

Con successiva ordinanza n. 1800 del 19 aprile 2011 questa Sezione ha rigettato, quindi, l'istanza di misura cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza, presentata in via incidentale dalla parte appellante.

L'appello è infondato e va rigettato.

Con unico articolato motivo la Edilcostruzioni s.r.l. censura la sentenza appellata sotto vari profili.

1 – L'appellante rileva che il T.A.R. Puglia - Lecce ha ritenuto che una motivazione rigorosa ed analitica sulla congruità dell'offerta, a seguito di giustificazioni, si rende necessaria solo nel caso di giudizio negativo, essendo, in caso di giudizio positivo, sufficiente anche una motivazione “per relationem”; e, per altro verso, che l'apprezzamento svolto in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta è di natura tecnico-discrezionale e come tale sindacabile per manifesta illogicità, errore di fatto e insufficiente motivazione.

L'appellante sostiene che nella censura veniva evidenziato, non già che il Presidente del seggio di gara - responsabile del procedimento, nel verbale n. 2 avesse espresso una motivazione non sufficiente (perché non analitica e non rigorosa), ma che avesse del tutto omesso la motivazione.

Il Presidente del seggio di gara non avrebbe infatti verificato la congruità dell'offerta, ma, acquisite le giustificazioni, avrebbe autonomamente ritenuto la congruità dell'offerta.

Il T.A.R., invero, citando giurisprudenza ricorrente (C. Stato, Sez. IV, 11.4.2007, n. 1655; Sez. V, 1.10.2010, n. 7266), ha evidenziato che la

motivazione del giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala deve essere rigorosa ed analitica soltanto nel caso del "giudizio negativo", mentre nel caso di "giudizio positivo" non è necessario che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili, essendo sufficiente anche una motivazione "per relationem" alle stesse giustificazioni presentate dal concorrente sottoposto al relativo obbligo.

Ugualmente va disattesa l'eccezione, peraltro inammissibile perché proposta per la prima volta in appello dalla "Edilcostruzioni", circa la composizione della Commissione e la sua attività,

Nell'atto del 18.10.2010 di aggiudicazione provvisoria dell'appalto, il Presidente del seggio di gara si è infatti correttamente manifestato, a termini dell'art. 10 del Codice degli appalti e del Regolamento comunale degli Uffici e dei Servizi, anche nella sua veste di responsabile del settore LL.PP. e di R.U.P..

Giova far presente che anche sul punto la giurisprudenza ha affermato in modo diffuso che non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella stessa persona, delle funzioni di Presidente della Commissione valutatrice e di responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai principi sulla responsabilità dei funzionari degli enti locali, come delineati dall'art. 107 del D. Lgs. n. 267/2000.

Il Presidente del seggio di gara ha quindi dichiarato a verbale di aver esaminato e verificato le giustificazioni prodotte dalla C.E.M. s.p.a., con riguardo ai prezzi analitici e agli elementi costitutivi dell'offerta e ha ritenuto le stesse "sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta considerata nel suo insieme".

Una più articolata motivazione di congruità dell'offerta anomala effettuata da parte del Presidente sarebbe stata allora ripetitiva delle giustificazioni

addotte dall'impresa aggiudicataria e dallo stesso ritenute adeguate.

2 - L'appellante censura poi quanto ritenuto dal T.A.R. in ordine a singole voci anomale dell'offerta, alle giustificazioni addotte e alla loro incidenza sulla congruità dell'offerta stessa nel suo complesso.

Al riguardo deve preliminarmente condividersi, come evidenziato dal giudice di prima istanza, che l'apprezzamento svolto in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta è di natura tecnico discrezionale, sindacabile per manifesta illogicità, errore di fatto e insufficiente motivazione, non risultando consentito al giudice amministrativo di sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non erroneo né illogico formulato dall'organo amministrativo e che l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguarda voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 ottobre 2010, n. 7631).

2.1 – L'appellante sostiene che risulta dalla giustificazione n. 41, resa sulla voce 77, che la CEM per il “trasporto a pubblica scarica di materiale di qualunque natura proveniente dagli scavi ...escluso il carico e l'onere di conferimento in scarica” ha previsto un costo per la manodopera uguale a zero.

L'esclusione di qualsiasi costo per la manodopera per i mezzi di trasporto, ad avviso della Edilcostruzioni s.r.l., si appalesa quindi irrazionale ed illogico “essendo impossibile utilizzare per il trasporto in scarica gli stessi mezzi che eseguono il carico sugli autocarri adibiti al trasporto ed è inipotizzabile che questi ultimi possano funzionare e circolare senza uno o più conducenti”.

Come correttamente ritenuto dal T.A.R., l'indicazione di zero costi per la

manodopera non manifesta l'incongruenza lamentata, tanto più che nelle giustificazioni al n. 13 l'aggiudicataria indica il costo (comprensivo di manodopera) per il "carico dei materiali forniti e/o provenienti dalle demolizioni e/o scavi dai disaggi sui mezzi di trasporto..." e, peraltro, risulta prodotto preventivo di spesa da parte di terza impresa per quanto attiene al conferimento dei rifiuti misti dell'attività di demolizione e costruzione, nonché di terra e roccia.

In sostanza nella voce n. 77 sono esclusi il costo di carico del materiale da trasportare in discarica, nonché gli oneri di conferimento in discarica, altrove considerati, mentre il costo del trasporto è contabilizzato quando vengono in considerazione i costi di viaggio dei camion utilizzati al riguardo.

2.2 – La "Edilcostruzioni s.r.l." ripropone le censure avanzate nel ricorso originario, sostenendo:

- che il costo di €. 200,00 per ogni viaggio di trasporto di scogli dalla cava di Roccarainola (Na), appare illogico e rende pertanto inaffidabile l'offerta;
- che dal preventivo della ditta terza "SIAM", depositato in sede di giustificazioni dalla CEM, risulta che la discarica autorizzata di riferimento è in Poggiomarino (NA), distante da Santa Cesarea Km. 457 (come certificato dall'ACI) e non 430 Km;
- che l'offerta di €. 200,00 per viaggio, debba essere riferita alla distanza effettiva e che per la percorrenza di tale distanza gli €. 200,00 offerti non coprono neanche il costo del carburante e il pedaggio autostradale.

Al riguardo non vi sono motivi per discostarsi da quanto ritenuto dal T.A.R. circa la asserita incongruenza con riferimento alla distanza dalla discarica, atteso che diversamente "la stessa risulta coerente con le indicazioni rivenienti dal progetto esecutivo posto a base di gara il quale indicava alla voce n. 122 computo metrico estimativo: lunghezza 85,00".

Peraltro il costo unitario di €. 200,00, riguarda il viaggio di ritorno dei

mezzi e il recapito a scarica dei materiali, ma non il viaggio di andata, attinente al trasporto di scogli dalla Cava di Roccarainola a Santa Cesarea Terme.

Infine, in ordine al costo del carburante le differenze evidenziate dall'appellante sulla voce non risultano tali da incidere sulla affidabilità dell'offerta e quindi da incidere sul giudizio di congruità espresso dalla Commissione, rendendolo illogico, mentre per il pedaggio autostradale è stata evidenziata dalla parte resistente l'esistenza di validi percorsi alternativi.

Per le spese inerenti il vitto e l'alloggio delle maestranze, come risulta dedotto dalla controparte, esse appaiono più che adeguate oltre ad essere eventuali, atteso che il personale risulta vivere in loco e quindi in larga parte non necessarie.

Conclusivamente l'appello è infondato e va rigettato.

Le spese della presente fase di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi €. 3000,00 (tremila) da ripartirsi in parti uguali in favore del Comune di Santa Cesarea Terme e della "CEM s.p.a."

P.Q.M.

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

Condanna la parte soccombente al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che si liquidano in complessivi E. 3000,00 (tremila/00) da ripartirsi in parti uguali in favore del Comune di Santa Cesarea Terme e della "CEM s.p.a."

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente



Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2012

IL SEGRETARIO

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