

Publicato il 17/06/2022

N. 04968/2022REG.PROV.COLL.
N. 03961/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 3961 del 2022, proposto da Impresa Individuale UTM Costruzioni Generali del Dottor Terlizzi Corrado, Terlizzi Corrado, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Michele Perrone, Paola Cruciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Michele Perrone in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

contro

Giampetruzzi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Agresti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Chiara Lonero Baldassarra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 504/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Giampetruzzi S.r.l. e del Comune di Bari;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Perrone, Agresti e Caiaffa, in sostituzione dell'avvocato Lonerio per delega depositata;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 2021/160/292 del 5 agosto 2021, il Comune di Bari ha indetto una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 63 del d.lgs. 50/2016 e 1, comma 2, lett. b) del d.l. n. 76 del 16.7.2020 da espletarsi previa consultazione di almeno 10 operatori economici con il criterio del minor prezzo determinato mediante ribasso sull'elenco posto a base di gara, per l'affidamento dell'Accordo Quadro dei lavori di durata biennale per l'adeguamento, riqualificazione e sistemazione delle strade e marciapiedi del municipio 2 annualità 2021-2022, per un importo massimo stimato dall'Accordo Quadro in € 3.177.500,00 (IVA esclusa) di cui € 77.500,00 per oneri della sicurezza (IVA esclusa).

2. Alla procedura negoziata sono stati invitati dieci operatori economici sorteggiati tra quelli iscritti nell'Elenco E00017 sezione "lavori" del Comune di Bari e, in particolare, quelli iscritti nella categoria merceologica prevalente OG3, classifica IV bis, in possesso del sistema di gestione per la Qualità certificato secondo la normativa ISO 9001.

3. Aperte le buste contenenti le offerte economiche in data 5 ottobre 2021 è risultata prima in graduatoria l'appellante con un ribasso del 40,374 per cento,

mentre al secondo posto l'appellata con un ribasso del 38,279 per cento.

4. Con la determinazione n. 2021/160/01766 del 2 novembre 2021 la gara è stata aggiudicata alla UTM Costruzioni Generali.

5. Con ricorso notificato e depositato in data 1° dicembre 2021, la società Giampetruzzi ha adito il TAR Puglia per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

6. Il TAR ha accolto il secondo motivo di ricorso proposto dalla Giampetruzzi s.r.l. che aveva dedotto la *“violazione, per omessa applicazione, degli artt. 84, c. 1, e 89, co.1, del D.Lgs 50/2016. Violazione art. 63 della Direttiva UE n. 2014/24. Nullità degli atti impugnati e del contratto di avvalimento. Violazione artt. 1325 e 1418 cod.civ. Violazione lex specialis di gara SOGGETTI AMMESSI ALLA GARA, lett c), Requisiti di qualificazione relativi all'avvalimento delle attestazioni SOA e delle Certificazioni ISO 9001. Eccesso di potere (difetto di istruttori – carenza assoluta del presupposto)”*, mentre ha rigettato il primo motivo di ricorso e ha ritenuto assorbito il terzo motivo di ricorso.

7. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, l'Impresa Individuale Utm Costruzioni Generali del Dottor Terlizzi Corrado ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di un unico articolato motivo, rubricato: *“I. Error in iudicando. Violazione dell'art. 89 del D.lgs.vo 50/2016 e degli articoli 1362, 1363 e 1369 del codice civile”*.

8. Hanno resistito al gravame la Giampetruzzi S.r.l. e il Comune di Bari chiedendone il rigetto.

9. Giampetruzzi S.r.l. ha proposto altresì appello incidentale subordinato e contestuale riproposizione di domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate *ex art. 101, comma 2, c.p.a.*

10. Alla camera di consiglio del 26 maggio 2022, sentite le parti *ex art. 60 c.p.a.*, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. L'appello principale è fondato.

12. La questione, piuttosto semplice, si risolve affrontando un unico punto in fatto e in diritto.

13. La UTM Costruzioni Generali è stata invitata alla procedura in quanto iscritta, a far data dal maggio 2021, nell'elenco predisposto dall'Amministrazione comunale denominato E00017 sezione "lavori". L'iscrizione a tale elenco era consentita esplicitamente anche mediante avvalimento.

13.1. La UTM Costruzioni Generali non ha fatto altro che eseguire diligentemente quanto prescritto dall'amministrazione. Si è quindi iscritta all'elenco depositando un contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio Concordia il 31 maggio 2021, contratto che prevedeva la messa a disposizione di tutti i requisiti necessari per varie categorie SOA e per la ISO 9001:2015.

13.2. Analizziamo quindi il citato contratto depositato agli atti di causa (documento n. 13 produzioni in primo grado della ricorrente appellata).

13.2.1. Il contratto prevede, per quel che qui interessa:

a) in relazione all'iscrizione all'albo dei fornitori del Comune di Bari, l'impresa Consorzio Concordia Costruzioni Generali si impegna a mettere a disposizione della Ditta UTM Costruzioni Generali del dott. Corrado Terlizzi, ai fini dell'iscrizione all'albo stesso, ed alla eventuale successiva partecipazione alle gare d'appalto successivamente indette, la sua qualificazione nelle categorie SOA OG1 classifica VI, OG3 classifica V, OG6, classifica II, OS7 classifica I, OS8 classifica II, nonché tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dei relativi lavori, in caso di aggiudicazione;

b) al punto 12 l'elenco dettagliato delle attrezzature messe a disposizione nonché l'elenco del personale messo a disposizione.

13.3. Siccome iscritta all'elenco, UTM costruzioni generali è stata invitata alla gara e ha depositato un documento denominato "appendice al contratto di avvalimento stabile" e un "allegato al contratto di avvalimento" entrambi firmati il 20 settembre 2021.

13.4. E' del tutto pacifico, e non occorre indugiare particolarmente sul punto, che l'appendice al contratto di avvalimento non costituisca un nuovo contratto sostitutivo di quello utilizzato per l'iscrizione all'elenco.

13.5. La soluzione sostenuta dalla ricorrente in primo grado e sposata dal TAR è, prima che erronea in diritto, del tutto illogica.

13.5.1. Erronea in diritto in quanto i contratti sopra menzionati costituiscono un caso paradigmatico di collegamento negoziale. E' noto che il collegamento negoziale non realizza un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso attraverso una pluralità coordinata di contratti, cosicché le vicende che riguardano un contratto si ripercuotono sull'altro.

13.5.2. Le condizioni affinché possa configurarsi un collegamento negoziale sono:

- a) il nesso teleologico tra i vari negozi collegati, finalizzati alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario;
- b) il comune intento delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore.

13.5.3. E' del tutto evidente che nel caso qui esaminato il nesso tra i due negozi non sia occasionale e che il collegamento dipende dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza, cioè, che il secondo negozio trovi la propria causa (e non il semplice motivo) nel primo; così come è evidente l'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica.

13.6. La soluzione è poi del tutto illogica perché fa soccombere la sostanza e prevalere un inutile formalismo che fa dimenticare che il contratto di avvalimento del 31 maggio 2021 e l'appendice del 20 settembre 2021 contengono, all'evidenza, un impegno contrattuale unico dell'ausiliaria nei confronti della UTM costruzioni generali.

13.7. Il motivo di appello è quindi fondato.

14. E' pertanto necessario esaminare l'appello incidentale subordinato e contestuale riproposizione di domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate ex art. 101, comma 2, c.p.a proposto da Giampetruzzi S.r.l.

15. Con il primo motivo dell'appello incidentale viene impugnato il capo della sentenza di primo grado che ha rigettato il primo motivo di ricorso, rubricato "*Violazione, per falsa applicazione, degli artt. 84 e 89, co.1, del D. Lgs 50/2016. Violazione art. 63 della Direttiva UE n. 2014/24. Nullità degli atti impugnati e del contratto di avvalimento. Violazione artt. 1325 e 1418 cod. civ. Eccesso di potere (difetto di istruttoria – carenza assoluta del presupposto)*".

15.1. Sostiene l'appellante incidentale che l'aggiudicazione della gara in favore della UTM sarebbe illegittima, *in primis*, poiché tale operatore economico non avrebbe potuto neppure essere invitato alla procedura in quanto non avrebbe potuto essere iscritto nell'Elenco E00017 del Comune di Bari per la Categoria SOA OG3, Classifica V, non avendone i requisiti né potendone dimostrare il possesso mediante avvalimento.

15.2. Il Comune, nel determinare i criteri per l'iscrizione in tale elenco, con determinazione dirigenziale n. 2021/160/02234 del 23 dicembre 2020 dava (secondo l'appellante illegittimamente) atto che "*al fine di soddisfare la richiesta dei requisiti inerenti alle capacità tecniche e professionali, previsti nel disciplinare-avviso (di cui alle determinazioni dirigenziali nn. 2020/160/01348 e 2020/160/01748), è data la possibilità all'operatore economico di iscriversi agli elenchi E00017 – E00018 – E00019, anche avvalendosi della capacità di un altro soggetto, secondo le previsioni di cui all'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016*". Quindi, non per partecipare ad una singola gara bensì per essere invitata ad una serie illimitata di gare bandite dal Comune di Bari, la neonata ditta individuale, non in possesso di alcuna esperienza, di alcuna qualificazione né di alcuna certificazione di qualità aziendale, si è ritrovata a poter competere a tutto campo con operatori economici che da anni sono sul mercato e che si sono costruiti un complesso di requisiti che gli consentono di eseguire opere di una certa rilevanza

economica: il tutto, ricorrendo ad una forma di “avvalimento stabile a tempo indeterminato”, illegittimamente ammessa dal Comune di Bari sebbene non consentita da alcuna norma dato che sia l’art. 63 della Direttiva UE n. 2014/24 che l’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 limitano espressamente la possibilità di far ricorso all’avvalimento per “un determinato appalto” e “per tutta la durata dei lavori” e non certo per una serie indeterminata di appalti o, ancor più, per l’iscrizione in uno o più elenchi a tempo indeterminato.

15.3. Sostiene, inoltre, la Giampetruzzi che la UTM non avrebbe potuto essere iscritta nell’Elenco E00017 perché non era titolare, né aveva ricevuto in avvalimento la certificazione di qualità ISO 9001:2015, non compresa nel contratto di avvalimento stabile del 31.05.2021. La UTM era, quindi, priva di un requisito essenziale per l’iscrizione all’elenco E00017, non concesso dall’ausiliaria, sebbene espressamente richiesto dall’art. 5 del Disciplinare secondo cui *“per le procedure di gara di importo pari o superiore a € 1.033.00,00 (a partire dalla III fascia) dovranno dichiarare di essere in possesso dell’attestazione di sistema di qualità aziendale”* per essere iscritti in Elenco.

15.4. Dal contratto di avvalimento di evinceva, inoltre, che il Consorzio non aveva messo a disposizione a tempo indeterminato alcuno degli elementi o risorse, materiali o immateriali, tipizzati a fondamento della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001, né la struttura organizzativo-gestionale, il responsabile della qualità, le procedure operative aziendali e il manuale operativo: ne conseguiva la nullità del contratto di avvalimento stabile a tempo indeterminato a prestare alla UTM la certificazione di qualità UNI EN ISO.

15.5. Prosegue l’appellante incidentale affermando che, a voler seguire il ragionamento del TAR, gli stessi beni dovrebbero contemporaneamente essere messi a disposizione del Comune di Bari per l’esecuzione dell’appalto *de quo* e continuare ad essere, al contempo, concessi in avvalimento alla UTM per consentirle di essere iscritta a tempo indeterminato in tutti gli altri elenchi istituiti dal Comune per le altre categorie Soa (OG1, OG3, OG6, OG9,

OG10, OS6, OS7, OS8), senza che nessuno operi un controllo su tale proliferazione dei requisiti. Ammettendosi tale utilizzo distorto dell'avvalimento si determinerebbe un'ipotesi di avvalimento stabile a tempo indeterminato non consentita dall'ordinamento.

15.6. Prosegue ancora l'appellante nella sua lunghissima esposizione che Il TAR, inoltre, non ha dato alcun rilievo alla circostanza che dalla semplice lettura del contratto di avvalimento sottoscritto dalla UTM ed il Consorzio Concordia in data 31.05.2021 si evince come esso non sia conforme ad alcuno schema normativo astratto essendo stato, per così dire, "adattato" al soddisfacimento della diversa esigenza di ricevere/concedere in prestito i requisiti necessari all'iscrizione in un elenco e non per l'esecuzione di un singolo appalto. L'art. 63 della Direttiva UE n. 2014/24 e l'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016 prescrivono infatti, quali debbano essere i contenuti, gli obblighi, la durata, gli impegni, la causa e l'oggetto, quindi, di un contratto di avvalimento e delle correlate dichiarazioni "per un determinato appalto", non certo quelli per l'iscrizione a tempo indeterminato in un elenco di esecutori; non v'è, pertanto, un parametro normativo di riferimento al quale ragguagliare i contenuti di tale contratto per verificarne la validità.

15.7. Quello ipotizzato dal Comune di Bari, così come quello sottoscritto dalle parti in data 31.05.2021 per l'iscrizione all'Elenco E00017 non sarebbero contratti di avvalimento ex art. 63 della Direttiva UE n. 2014/24 ed art. 89 del D.lgs. n. 50/2016 ma ben altri contratti con funzione economico-sociale ed oggetto diversi da quelli astrattamente ed inderogabilmente previsti dalla legge.

15.8. Prosegue ancora l'appellante, con argomenti talora ripetitivi, che il capo della sentenza del TAR censurato contiene ulteriori articolazioni non condivisibili.

15.8.1. Contrariamente a quanto affermato dal TAR, il possesso dei requisiti di iscrizione all'Elenco deve essere verificato *ab initio* in maniera "pregnante" dalla stazione appaltante, sin dal momento dell'inserimento dell'operatore

economico nei singoli elenchi, salva ovviamente la verifica di persistenza dei requisiti in occasione della singola gara; contraddittoriamente, il TAR per un verso afferma che per l'iscrizione all'Elenco non sarebbe necessario un controllo pregnante sul possesso dei requisiti e, per altro verso, ritiene che *“Quanto sopra non esime, comunque, da un corretto esame della documentazione riguardante l'avvalimento sin dalla iscrizione nel suddetto elenco, ai fini di un possibile diniego di inserimento”*.

15.8.2. Il TAR avrebbe dovuto considerare anche che, come puntualmente eccepito dalla Giampetruzzi con doglianza non esaminata, la UTM non poteva essere iscritta nell'Elenco E00017 anche perché, nonostante fosse espressamente richiesto quale requisito, non era né titolare né aveva ricevuto in avvalimento la certificazione di qualità ISO 9001:2015, non espressamente compresa e mai menzionata nel contratto di avvalimento stabile del 31.05.2021: la UTM era, quindi, priva di un essenziale requisito di iscrizione all'Elenco E00017, mai concessole dall'ausiliaria, sebbene espressamente richiesto dall'art. 5 del Disciplinare approvato con determinazione dirigenziale n. 2020/160/01348 del 4.8.2020 ove si legge testualmente che *“per le procedure di gara di importo pari o superiore a €.1.033.00,00 (a partire dalla III fascia) dovranno dichiarare di essere in possesso dell'attestazione di sistema di qualità aziendale”* per essere iscritti in Elenco.

15.8.3. Egualmente, avrebbe dovuto tener conto del fatto che il Consorzio ausiliante non è neppure titolare di idonea certificazione di sistema di qualità aziendale del tipo ISO 9001:2015 per Esecuzione di lavori stradali o per Manutenzione di strade , vale a dire per le lavorazioni appartenenti alla Categoria SOA OG3 richiesta quale requisito per l'iscrizione all'albo E00017, prima, e di partecipazione alla gara, poi: tanto è confermato dal Certificato n. 39002921712 del 18.2.2020 - prodotto dalla UTM che ha quale *“Campo di applicazione: Progettazione, gestione e manutenzione di impianti di pubblica illuminazione con conseguimento di risparmio energetico anche il regime di F.T.T.”*.

15.8.4. Idonee attestazioni di sistema di qualità aziendale del tipo ISO 9001:2015 per Esecuzione di lavori stradali o per Manutenzione di strade sono state, per contro, acquisite dalla UTM rispettivamente in data 8.11.2021 e 19.10.2021, vale a dire in epoca successiva sia all'iscrizione all'albo che alla scadenza dei termini di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

15.8.5. Inoltre, buona parte dei mezzi e delle attrezzature elencati nel contratto di avvalimento stabile non sarebbero neppure nella disponibilità delle consorziate.

16. Il motivo è infondato e la sentenza del TAR, sul punto, perfettamente condivisibile.

16.1. La complessa ricostruzione dell'appellante si scontra con evidenze che sono già, almeno parzialmente, state oggetto di analisi in sede di esame dell'appello principale.

16.2. Intanto, non esiste alcuna preclusione assoluta alla configurabilità di un avvalimento per l'iscrizione ad un elenco fornitori e il richiamo all'art. 63 della Direttiva UE n. 2014/24 è del tutto inconferente.

16.3. Giampetruzzi s.r.l. dimentica un elemento tanto semplice quanto fondamentale. Il segmento procedimentale volto ad includere un operatore economico in un elenco fornitori non fa parte della procedura di gara.

16.3.1. L'art. 3 lett uuu) del codice dei contratti definisce le procedure negoziate come *“le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto”*.

16.3.2. L'iscrizione all'elenco fornitori è null'altro che un procedimento strumentale alla scelta dei soggetti da invitare che avviene poi in maniera casuale, mediante sorteggio o altra modalità definita dall'amministrazione.

16.3.3. Nulla osta a che l'iscrizione a tali elenchi sia effettuata utilizzando lo strumento dell'avvalimento. Non va dimenticato che tutta la disciplina della direttiva 2014/24/UE ha una funzione di incentivo a supporto delle forme di

cooperazione tra imprese. E si comprende se si pensa alla *ratio* cui è ispirata l'intera disciplina di derivazione europea in materia di appalti pubblici, tesa all'affermazione piena dei principi del Trattato, quali la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e dei principi che ne derivano e cioè parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, trasparenza.

16.4. Se, come si è già osservato, l'operazione economica tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata costituisce un'ipotesi paradigmatica di collegamento negoziale, quindi perfettamente ammissibile, la ditta iscritta in elenco ben poteva essere invitata alla gara. Nella gara (e non al di fuori) l'amministrazione deve verificare la permanenza dei requisiti per potervi partecipare, con ciò scongiurando quei pericoli di proliferazione degli avvalimenti che si traducono in congetture dell'appellante incidentale più che in censure avverso gli atti impugnati.

16.5. C'è, infine, un argomento logico che vanifica tutto il complesso quanto formalistico ragionamento della Giampetruzzi s.r.l.

16.6. La procedura negoziata è una procedura semplificata e non aggravata. Sta di fatto che, per poter essere invitati alle procedure negoziate presso il Comune di Bari, occorre essere iscritti ad un elenco. Seguendo il ragionamento dell'appellante incidentale, in definitiva, ad un operatore economico non in possesso dei requisiti, che si può procurare mediante avvalimento, sarebbe impedito di partecipare ad ogni procedura negoziata mentre, e qui il paradosso, non sarebbe impedito di partecipare ad ogni procedura aperta.

16.7. In un sistema in cui, il d.l. "semplificazioni" ha incentivato la procedura negoziata *ex art.* 63 del codice dei contratti come metodo per l'aggiudicazione di una quota importante delle commesse pubbliche, il risultato sarebbe che gli operatori economici impossibilitati a iscriversi negli elenchi fornitori si troverebbero estromessi da tutte le procedure semplificate. Se l'iscrizione all'elenco fornitori è il presupposto per partecipare alla gara, impedire

l'iscrizione significa tagliare fuori dal mercato tutti gli operatori economici che intendono partecipare mediante avvalimento dei requisiti di un altro soggetto. Il risultato sarebbe illogico oltrech  contrario alle regole. L'art. 89 del Codice dei contratti ha reso le modalit  di utilizzo dell'avvalimento sempre pi  elastiche; la ragione   semplice: la normativa vigente in materia di appalti pubblici, lungi dall'essere un ostacolo alla dinamicit  propria del mercato, si deve atteggiare come uno strumento di efficiente regolazione del settore delle commesse pubbliche.

16.8. Per ci  che concerne, infine, la certificazione di qualit  ISO 9001:2015 attestante il sistema di qualit  aziendale per i servizi oggetto di appalto, va ricordato:

- a) in linea di principio, va ribadita l'ammissibilit  dell'avvalimento delle certificazioni di qualit , orientamento ritenuto oramai prevalente dalla giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3710, Consiglio di Stato sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271);
- b) il possesso della certificazione della qualit  aziendale costituisce un presupposto per l'ottenimento dell'attestazione SOA (Consiglio di Stato, 3 settembre 2021, n. 6212);
- c) l'aver dichiarato di mettere a disposizione, l'intera organizzazione aziendale *ex se* comprensiva di tutti i fattori di produzione e di tutte le risorse, soddisfa le esigenze di certezza e determinatezza dell'oggetto del contratto.

17. Con il secondo motivo dell'appello incidentale, la Giampetruzzi s.r.l. ha impugnato il capo della sentenza di primo grado che ha dichiarato assorbito/rigettato il terzo motivo di ricorso rubricato: "*Violazione ed erronea applicazione dell'art. 95, c. 10, e 97, c. 6, D. Lgs. n.50/201. Violazione disciplina autoprescrittiva. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicit  manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione*".

17.1. Sostiene l'appellante incidentale che, pur a voler ammettere che la UTM avesse avuto i requisiti per essere iscritta all'Elenco E00017, essere invitata

alla procedura e potervi validamente partecipare, una volta risultata prima nella graduatoria, la congruità della sua offerta avrebbe dovuto essere valutata dal RUP con ben altra attenzione e ponderazione.

17.2. Nel Verbale di gara del 5 ottobre 2021 il Presidente dava atto che, in riferimento all'offerta della UTM, risultata prima in graduatoria con un ribasso del 40,374%, il Responsabile Unico del Procedimento sarebbe stato *“interessato ad effettuare il subprocedimento di verifica ex art. 95, comma 10, ultimo periodo del D.Lgs. 50/2016 ed invitato ad esprimersi sull'eventuale opportunità di effettuare il subprocedimento di cui all'art. 97, comma 6 del D.lgs. 50/2016 comunicandone tempestivamente l'esito all'ufficio scrivente”*.

17.3. Il RUP si sarebbe prima limitato a richiedere alla UTM le giustificazioni relative al costo della manodopera ex art. 95, comma 10, D.lgs. n. 50/2016, senza analizzarle o quanto meno dare contezza delle operazioni di verifica eseguite, e non si è poi neppure espresso in ordine all'eventuale opportunità di effettuare il subprocedimento di cui all'art. 97, comma 6 del d.lgs. 50/2016 nonostante vi fossero specifici elementi che ne imponessero, o quanto meno ne consigliassero l'espletamento.

17.4. La UTM aveva indicato nell'offerta costi della manodopera per un importo di € 794.375,00, coincidente con quello indicato dalla stazione appaltante in progetto; tale circostanza, però, non esimeva affatto il RUP dal condurre una verifica in ordine alla congruità dei costi del personale che non potevano essere considerati congrui per il solo fatto di essere pari a quelli valutati dall'amministrazione in progetto, dovendosi comunque andare a verificare quella che è l'analisi operata dal concorrente per giudicare la congruità del costo della manodopera da esso indicato, cosa che non è accaduta nel caso di specie tenuto conto che non vi sono atti istruttori dai quali si possa evincere l'attività valutativa svolta dal RUP.

17.5. In conclusione, tutti i contenuti del terzo motivo di ricorso sono sottoposti al giudizio della Sezione sia in via di appello incidentale che di riproposizione *ex art. 101, comma 2, c.p.a.*

18. Il motivo è manifestamente infondato.

18.1. La stessa appellante incidentale afferma che la UTM aveva indicato nell'offerta costi della manodopera per un importo di € 794.375,00, coincidente con quello indicato dalla stazione appaltante in progetto, con ciò dichiarando di dolersi di una situazione per ciò stesso del tutto regolare. Il costo della manodopera non è stato interessato da alcun ribasso e, in mancanza di elementi che potessero far sospettare di un'anomalia dell'offerta, il RUP non aveva alcun particolare onere motivazionale nell'ammettere la stessa.

18.2. La Giampetruzzi s.r.l. lamenta poi che l'amministrazione non ha valutato l'opportunità di effettuare il subprocedimento di cui all'art. 97, comma 6 del d.lgs. 50/2016 nonostante vi fossero specifici elementi che ne imponessero o quanto meno ne consigliassero l'espletamento.

18.3. La censura, come si vede, è del tutto generica. Ma pur volendo entrare nel merito della stessa va ricordato che, per giurisprudenza del tutto pacifica, la determinazione dell'amministrazione di procedere alla verifica di anomalia dell'offerta nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla norma è del tutto facoltativa e di natura spiccatamente discrezionale, non soggetta alla sindacabilità del giudice amministrativo se non per le ipotesi di manifesta illogicità ed irragionevolezza, evenienze che qui non si ravvisano (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. III, 11 maggio 2021, n. 3710).

19. In definitiva, l'appello incidentale è infondato mentre è fondato quello principale.

20 Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo. Ai fini della valutazione della soccombenza va precisato che risulta irrilevante la memoria depositata il 24 maggio 2022, con cui il Comune di Bari ha dichiarato di non voler proporre appello avverso la sentenza del TAR Puglia Bari, n. 504/2022 e altresì di chiedere il rigetto dell'appello principale, in quanto, anche sull'appello incidentale subordinato,

proposto dalla Società Giampetruzzi, il Comune ha chiesto ugualmente il rigetto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale e accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 504/2022 respinge il ricorso di primo grado.

Condanna Giampetruzzi S.r.l. alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in euro 2.500/00 (duemilacinquecento) per il primo grado di giudizio e 3.500/00 (tremilacinquecento) per il presente grado di giudizio, per complessivi euro 6.000/00 (seimila) così ripartiti:

a) in favore della Impresa Individuale UTM Costruzioni Generali del Dottor Terlizzi Corrado per la somma complessiva di € 3.000/00 (tremila) oltre accessori e spese di legge da attribuire ai difensori dichiaratisi antistatari (memoria depositata il 24 maggio 2022).

b) in favore del Comune di Bari per la somma complessiva di € 3.000/00 (tremila) oltre accessori e spese di legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO