

Publicato il 12/05/2023

N. 01566/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00184/2023 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 184 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla

Lupò Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessio Papa e Antonio Sottile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana - Soprintendenza per i Beni Culturali e Ambientali di Messina - Museo Regionale Interdisciplinare di Messina, in persona dell'Assessore *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria *ex lege* in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

della Costruzioni Generali e Servizi di Ingegneria S.r.l. di Gugliandolo Domenico, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

ricorso introduttivo

del verbale di gara del 21 dicembre 2022, prot. n. 0009771, con il quale la Commissione di gara ritenendo che la documentazione prodotta dalla Lupò Costruzioni S.r.l. non sia idonea a giustificare l'offerta formulata nel RDO pari al 28,92% di ribasso del prezzo a base d'asta, ha ritenuto non congrua l'offerta della Lupò Costruzioni s.r.l. ed ha dichiarato la ditta Costruzioni Generali e Servizi di Ingegneria S.r.l. di Gugliandolo Domenico aggiudicataria provvisoria della gara per l'affidamento dei lavori di *“valorizzazione, potenziamento e sicurezza con ampliamento degli spazi espositivi del nuovo museo di Messina”* – Linea di intervento di titolarità regionale misura 6.7.1 del PO-FESR 2014/2022;

di tutti i verbali di gara con i quali è stata ritenuta anormalmente bassa l'offerta della Lupò Costruzioni srl ed è stata ammessa in gara la concorrente Costruzioni Generali e Servizi di Ingegneria S.r.l. di Gugliandolo Domenico; per il risarcimento

del danno in forma specifica, mediante declaratoria, previa dichiarazione di inefficacia in via retroattiva dell'eventuale contratto stipulato, del diritto della ricorrente all'affidamento dell'appalto de quo o, in via subordinata, del diritto a subentrare nel contratto o, in via ulteriormente subordinata, per l'equivalente, con la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni costituiti dal danno emergente, lucro cessante, danno curriculare, nonché ogni altro danno ritenuto di giustizia;

Motivi aggiunti

della determina di aggiudicazione definitiva prot. 1760 del 9 marzo 2023 avente ad oggetto *“Valorizzazione, potenziamento e sicurezza con ampliamento degli spazi espositivi del nuovo museo di Messina”* – linea di intervento a titolarità regionale misura 6.7.1 del PO-FESR 2014/2020 – codice CUP G46D19000390002, CIG 9477484B34 – codice Caronte SI_1_27396, SIOPE U.2.02.01.10.008, Capitolo di spesa 776096”;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale Beni Culturali e Identità Siciliana;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2023 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Assessorato dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana – Soprintendenza per i Beni Culturali e Ambientali di Messina - Museo Regionale Interdisciplinare di Messina ha indetto gara con procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando per l'affidamento dei lavori di *“valorizzazione, potenziamento e sicurezza con ampliamento degli spazi espositivi del museo regionale interdisciplinare di Messina”*, per un importo a base d'asta di euro 811.000,00, esclusa IVA.

Il metodo di aggiudicazione prescelto è stato quello del minor prezzo, ai sensi dell'art. 36, comma 9 bis, del Codice dei contratti pubblici.

Hanno partecipato alla selezione due sole imprese: la ricorrente Lupò Costruzioni s.r.l, con un ribasso del 28,92%, e la controinteressata Costruzioni Generali e Servizi di Ingegneria S.r.l., che si è classificata seconda con un ribasso del 7,99%.

Il RUP, con nota del 6.12.2022, ha ritenuto di dover disporre ai sensi dell'art. 97 del D. Lgs. 50/2016, la verifica “facoltativa” di congruità dell'offerta presentata dalla Lupò Costruzioni s.r.l., per valutare se il prezzo complessivo offerto fosse sostenibile e, quindi, tale da rendere l'offerta affidabile.

Con verbale del 21 dicembre 2022 la Commissione di Gara, tuttavia, nonostante le giustificazioni prodotte dalla ditta Lupò (consistenti nella relazione giustificativa dei costi e dei prezzi, munita della documentazione posta a sostegno) in sede di verifica di congruità dell'offerta e delle relative

giustificazioni, ha ritenuto non congrua l'offerta presentata dalla Lupò Costruzioni srl, rilevando in particolare le seguenti criticità: a) sovrastima del costo della manodopera; b) mancata indicazione delle caratteristiche tecniche delle voci offerte o, comunque, la non chiara riferibilità dei preventivi alle specifiche tecniche delle apparecchiature; c) mancata dichiarazione in ordine alla validità temporale delle offerte relative ai costi delle apparecchiature con i tempi di esecuzione dell'opera; d) mancata descrizione del prodotto in alcune voci di analisi; e) errata determinazione dei prezzi con riferimento alle spese generali ed utili, stimate nel 25%, piuttosto che nel 26,5%.

La Commissione ha, nella stessa sede, provveduto ad aggiudicare provvisoriamente la gara alla ditta Costruzioni Generali e Servizi di Ingegneria S.r.l. di Gugliandolo Domenico.

Gli illustrati atti di gara – meglio specificati in epigrafe – sono stati impugnati dalla Lupò Costruzioni srl col ricorso introduttivo del presente giudizio, affidato ai motivi che verranno illustrati *infra*.

Con ordinanza n. 110/2023 la Sezione ha respinto la domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati rilevando che “...*le censure articolate in ricorso attengono essenzialmente alla valutazione di congruità dell'offerta, e pertanto implicano valutazioni di ordine strettamente tecnico che mal si prestano ad essere apprezzate con immediatezza nel giudizio cautelare, caratterizzato da una cognizione sommaria,*”.

L'Assessorato Regionale Beni Culturali ed Identità Siciliana si è costituito in giudizio ed ha difeso con argomentazioni strettamente tecniche, riferite a ciascuna voce di prezzo, il giudizio di anomalia formulato dalla Commissione di gara.

L'impresa aggiudicataria non si è costituita in giudizio, sebbene ritualmente evocata.

La ricorrente ha poi prodotto memoria per contestare, per lo più, la difesa espletata dall'amministrazione resistente, ritenendo che la memoria dell'Avvocatura di Stato contenga vistose integrazioni postume delle motivazioni poste a base del giudizio di anomalia dell'offerta, piuttosto che la

difesa di quanto rilevato dalla Commissione nel verbale oggetto di impugnazione. La ricorrente ha, poi, insistito sulle censure dedotte.

Con ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente ha impugnato il sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara *de qua*, identificato col numero prot. 1760 del 9 marzo 2023, denunciandone l'illegittimità derivata discendente dai vizi che invalidano i precedenti atti impugnati col ricorso introduttivo del giudizio.

All'udienza pubblica del 19 aprile 2023 la causa è stata posta in decisione.

Il ricorso non risulta fondato, e deve essere quindi respinto.

Deve premettersi che la verifica di anomalia delle offerte nelle pubbliche gare risponde alla *ratio* di accertare la complessiva attendibilità e serietà delle stesse, e di evitare che offerte troppo basse esponano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguente concreta probabilità di far sorgere contestazioni e ricorsi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330)

Più in dettaglio va osservato quanto segue.

1.- Con il primo motivo la ricorrente denuncia:

(i) illegittimità della esclusione dalla gara in quanto non sussistevano le condizioni per sottoporre a verifica di anomalia l'offerta economica presentata (ribasso del 28,92%); in particolare: a) non sussistevano i presupposti di legge che impongono la verifica "obbligatoria" di anomalia; b) non sussistevano nemmeno quelli per la valutazione "facoltativa", atteso che il disciplinare di gara consente tale possibilità solo sulla base di "elementi specifici" che avrebbero dovuto essere evidenziati, e che nella specie non sono stati individuati;

(ii) che la verifica di anomalia non avrebbe potuto avere luogo anche in ragione del fatto che l'unico altro concorrente presente in gara (l'odierna controinteressata) avrebbe dovuto essere esclusa, come indicato nel 5° (*rectius*,

4°) motivo di ricorso, e dunque non vi sarebbe stata possibilità di apprezzare la differenza fra concorrenti offerte;

(iii) il giudizio di anomalia sarebbe manifestamente irragionevole poiché – anche a voler considerare non giustificate le 8 voci indicate dalla Commissione – la asserita sottostima dei prezzi ammonterebbe ad un importo pari ad euro 29.108,65, e ciò consentirebbe comunque un margine di guadagno rispetto all'utile immaginato (pari ad euro 43.574), dato che non può essere individuata una soglia limite di utile al di sotto della quale possa parlarsi di offerta anomala.

Il motivo in esame non risulta fondato in alcuna delle sue articolazioni.

Infatti:

1.1.- in primo luogo, gli elementi specifici posti a sostegno della scelta di procedere alla verifica di anomalia sono stati evidenziati dal RUP nella nota del 6.12.2022. In secondo luogo, va richiamato *“il consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale secondo cui la determinazione dell'Amministrazione di procedere alla verifica di anomalia 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 (per tutte Consiglio di Stato, V, 6 giugno 2019, n. 3833).”* (in tal senso, di recente, Tar Catania, III, 232/2023);

1.2.- la seconda censura è inconducente, poiché la verifica di anomalia può essere fatta di per sé, a prescindere dal confronto dell'offerta sospetta con quella presentata da altro concorrente;

1.3.- il ragionamento posto a base della terza censura non convince: anzi, proprio l'ammissione fatta dall'impresa circa una possibile lacuna nelle giustificazioni prodotte rende plausibile – e, dunque, tutt'altro che irragionevole – il giudizio di ordine tecnico espresso dalla Commissione di gara.

2.- Con il secondo motivo la ricorrente denuncia che il giudizio di anomalia espresso dalla Commissione, riferito a 8 voci contenute nell'elenco prezzi,

sarebbe affetto in sé da difetto di motivazione e di istruttoria, e da illogicità delle conclusioni. Più in dettaglio, la sovrastima dei costi della manodopera, la mancata specificazione delle caratteristiche e delle dotazioni tecniche dei prodotti, la esposizione di una validità temporale dei preventivi non compatibile con i tempi di esecuzione dell'opera, come rilevate dalla Commissione, non avrebbero potuto condurre all'esclusione della ricorrente in quanto le esposte criticità non si traducono in una contestazione delle analisi dei prezzi, né nella violazione degli obblighi di cui agli artt. 30, co. 3, e 105, del D. Lgs. 50/2016, e – per altro verso – rappresentano l'introduzione di condizioni di validità dell'offerta (la durata temporale compatibile con i tempi di esecuzione dell'opera) non previste. Nel merito la ricorrente osserva che:

- a) la denunciata sovrastima dei costi della manodopera – ove realmente esistente – determinerebbe, al più, un aumento dell'utile d'impresa, giacché questa si troverebbe ad affrontare costi di minore entità rispetto a quelli preventivati;
- b) il difetto di illustrazione delle caratteristiche tecniche avrebbe dovuto determinare, al più, una richiesta di chiarimenti e/o di integrazioni, non certo l'esclusione per anomalia; e ciò anche in ragione del fatto che tale aspetto non era stato contemplato, né messo in evidenza, nella richiesta di produzione di giustificazioni, e dunque costituisce una conclusione data “a sorpresa”, non garantita dal preventivo contraddittorio; in ogni caso, il giudizio è erroneo, in quanto la ditta ha prodotto la scheda di analisi dei prezzi evidenziando le caratteristiche e dotazioni tecniche dei prodotti;
- c) in sede di richiesta di giustificazioni non avrebbe potuto richiedersi la dimostrazione di una condizione di ammissibilità, rappresentata dalla validità temporale dei preventivi rispetto ai tempi di esecuzione dell'opera;
- d) in relazione a ciascuna delle 8 voci di prezzo, la Commissione avrebbe commesso un errore di calcolo nel determinare i costi della manodopera; e

questa è stata calcolata dall'impresa anche tenendo conto del particolare periodo in cui è stata formulata l'offerta (post Covid);

e) in ordine all'incidenza delle spese generali, sono state indicate nell'offerta nella misura del 15%, a cui è stato aggiunto una percentuale di utile del 10%.

Le censure non convincono per le seguenti ragioni:

2.a)- anche l'esposizione, in ipotesi, di costi della manodopera sovrastimati può essere sintomo di anomalia dell'offerta, a prescindere dal fatto che questo fattore possa condurre ad un maggiore utile per l'impresa;

2.b)- l'approfondimento richiesto sulle caratteristiche tecniche dei prodotti è, ovviamente, strumentale a comprendere se quelli indicati nell'offerta corrispondano esattamente agli standard qualitativi indicati nel progetto, giacchè in caso contrario potrebbero costituire il sintomo della offerta di un prodotto più economico e di modesta qualità che rende non affidabile l'offerta. Inoltre, non sussiste nemmeno la denunciata lesione del diritto al contraddittorio procedimentale, atteso che nella nota RUP del 6.12.2022 di richiesta di giustificazioni si chiede (pag. 2) alla voce Prodotti e Attrezzature: *“a) listini dei rivenditori in corso di validità (...) c) preventivi acquisiti dai propri fornitori (dai quali risulti l'impegno a fornire per tutta la durata dell'appalto particolari materiali necessari all'esecuzione dei lavori a prezzi particolarmente conveniente) aventi validità temporale compatibile con i tempi di esecuzione dell'opera;”*;

2.c)- la terza censura non persuade, poiché il rilievo operato dalla Commissione non si impernia sulla mancanza di un preventivo valevole fino alla fine dei lavori, ma sulla mancanza di un preventivo valevole sino alla fine dei lavori che possa giustificare l'offerta prodotta. In altre parole la Commissione ha inteso dire che il ribasso offerto avrebbe potuto risultare giustificato dall'esistenza di un conveniente preventivo di acquisto di prodotti, purchè questo coprisse temporalmente tutta l'esecuzione dell'opera. Infatti la Commissione motiva il suo giudizio rilevando il mancato rispetto della “condizione di ammissibilità” relativa alla validità temporale, intendendo

ovviamente riferirsi alla “condizione di ammissibilità” della giustificazione, non dell’offerta;

2.d)- l’ultima censura contenuta nel motivo in esame non risponde affatto alla criticità dedotta dalla Commissione, laddove evidenziava che le spese generali incidono nel progetto per il 26,5%; anzi, la censura finisce col confermare la tesi che le spese generali sono state quantificate in percentuale inferiore a quella stimata dal progettista.

3.- Col terzo motivo si denuncia violazione del principio del contraddittorio, che avrebbe dovuto essere obbligatoriamente attivato prima di procedersi alla declaratoria di anomalia dell’offerta.

La censura non è fondata. Il contraddittorio è stato attivato, come già rilevato, con la nota RUP del 6.12.2022, ed ha avuto concreto svolgimento, allorquando sono state chieste giustificazioni su specifici aspetti e l’impresa le ha fornite. Quella pretesa nel motivo di ricorso in esame è, invece, un “ulteriore” confronto in contraddittorio, non previsto in alcuna disposizione, e potenzialmente idoneo a spostare all’infinito la conclusione della procedura di verifica dell’anomalia.

4.- Col quarto motivo (indicato però come V°), la ricorrente postula, in via subordinata, l’esclusione della controinteressata per violazione del principio di segretezza dell’offerta, e per mancata osservanza dell’art. 15 del disciplinare, laddove prescrive a pena di esclusione che l’offerta economica debba contenere i seguenti documenti: percentuale di ribasso; stima dei costi aziendali; costi della manodopera; lista delle lavorazioni e forniture. Nella fattispecie, tali prescrizioni risulterebbero entrambe violate in quanto la controinteressata ha inserito nella “busta amministrativa” – soggetta ad apertura prioritaria - alcuni componenti tipici dell’offerta economica: costi manodopera ed oneri di sicurezza aziendali, e modulo lista lavorazioni e fornitura ribassato.

La censura non può essere accolta.

Infatti, la ricorrente non indica, né allega, alcun documento a supporto delle presunte irregolarità denunciate. In ogni caso, non si ritiene che possa discendere violazione del principio di segretezza dell'offerta dall'affermata (e non dimostrata) circostanza che la controinteressata avrebbe inserito nella busta contenente la documentazione amministrativa anche indicazioni su *“costi manodopera ed oneri di sicurezza aziendali, e modulo lista lavorazioni e fornitura ribassato”* trattandosi di elementi che, ovviamente, nulla dicono in ordine al ribasso percentuale offerto.

In secondo luogo, non è stata fornita prova nemmeno della violazione dell'art. 15 del disciplinare, e del conseguente obbligo di escludere l'offerente per non aver inserito nell'offerta economica alcuni dati richiesti a pena di esclusione.

5.- Infine, i motivi aggiunti vanno infine respinti, non sussistendo una invalidità degli atti a monte che possa traslarsi sul provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Le spese processuali seguono la soccombenza, e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'amministrazione resistente, liquidate in euro 4.000,00.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Bruno

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO