

Publicato il 24/03/2023

N. 03085/2023REG.PROV.COLL.  
N. 03974/2022 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**

sul ricorso numero di registro generale 3974 del 2022, proposto da Cave di Frisolino S.r.l., Simes Tigullio S.r.l., Zeta S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Petrone, Raffaella Rubino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marco Petrone in Roma, via Oslavia, 28;

*contro*

Infrastrutture Recupero Energia Agenzia Regionale Ligure – Ire S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Vivani, Elisabetta Sordini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Chiavari, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

Ador.Mare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Comandè', Andrea Ciulla, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Comandè in Roma, via Pompeo Magno, 23 A;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00294/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infrastrutture Recupero Energia Agenzia Regionale Ligure – Ire S.p.A. e di Ador.Mare S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2022 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Petrone, Vivani, Sordini e Ciulla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Cave di Frisolino S.r.l., Simes Tigullio S.r.l. e Zeta S.r.l con atto notificato in data 6 maggio 2022 e depositato il successivo 13 maggio hanno interposto appello avverso la sentenza del Tar Liguria, sez. I, n. 294/2022, che ha rigettato ricorso da esse proposto avverso la determinazione dell'amministratore delegato di IRE s.p.a. 14.12.2021 prot. 8372, recante aggiudicazione alla controinteressata ADOR.MARE s.r.l. della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di riqualificazione e difesa del litorale e dell'abitato di Chiavari nel tratto compreso fra Punta delle Grazie e il Porto turistico - primo stralcio.

2. Dagli atti di causa e dalle allegazioni di parte appellante risulta quanto di seguito specificato.

2.1. Le tre società, Cave di Frisolino s.r.l., Simes Tigullio s.r.l. e Zeta s.r.l., partecipavano in A.T.I., classificandosi seconde, con un ribasso 30,320% (alle spalle della prima classificata ADOR.MARE s.r.l., con un ribasso del 31,31%), alla gara indetta da Infrastrutture Recupero Energia Agenzia Regionale Ligure

- IRE s.p.a. per l'affidamento dell'appalto integrato per la *“progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di riqualificazione e difesa del litorale e dell'abitato di Chiavari nel tratto compreso fra Punta delle Grazie e il Porto turistico – primo stralcio, nel Comune di Chiavari”*, per l'importo di euro 11.722.671,18 soggetto a ribasso.

2.2. Impugnavano pertanto la determinazione dell'amministratore delegato di IRE s.p.a., 14/12/2021 prot. 8372, recante aggiudicazione della procedura ad Ador Mare s.r.l., deducendo in un unico motivo di ricorso la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 97, segnatamente del comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dei principi di proporzionalità, imparzialità, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché la violazione del capitolato speciale d'appalto e del progetto (Elenco Prezzi Unitari) e l'eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità.

2.3. In particolare censuravano il giudizio compiuto dalla stazione appaltante nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta lamentando che, dall'analisi della documentazione relativa alle giustificazioni, era emersa l'incongruenza delle analisi tecniche ed economiche e la inadeguatezza ed insufficienza dell'offerta della controinteressata.

In particolare, in tesi di parte ricorrente: a) il costo della manodopera sarebbe stato più che dimezzato (8,56%) rispetto a quello previsto nel progetto a base di gara (17,80%), e sarebbe addirittura inferiore a quello stabilito nelle tabelle ministeriali sui costi minimi della manodopera per tali tipologie di intervento, ricadenti nella categoria OG7 – opere marittime; b) i costi di trasporto dalla cava individuata al cantiere erano stati fissati, sulla base del preventivo di una ditta siciliana, in 2 euro/ton, equivalente a circa 25 euro/ora, quando il prezzo stabilito dal prezzario della Liguria anno 2021, richiamato dalla stessa controinteressata in altra parte dei giustificativi, sarebbe di 105,12 euro/ora; c) il costo della fornitura degli scogli sarebbe di soli 18 euro/ton, del tutto insufficiente a remunerare la fornitura del materiale e il noleggio del mezzo e dei rimorchiatori necessari per la loro posa; d) i mezzi indicati nell'offerta

avrebbero caratteristiche diverse e inferiori rispetto a quelle stabilite nel capitolato speciale; inoltre non era stato stimato il costo per il funzionamento della gru a bordo del motopontone indicato in sede di giustificazioni.

3. La sentenza oggetto di appello, richiamando in primo luogo i consolidati principi giurisprudenziali in materia di sindacato del giudizio di congruità dell'offerta, ha rigettato il ricorso.

3.1. Segnamene il giudice di *prime cure* ha preso in considerazione la circostanza che il R.T.I. ricorrente aveva proposto un ribasso (30,320%) non molto lontano da quello (31,31%) offerto dalla controinteressata, ritenendo inoltre che le frammentate ed analitiche censure di inadeguatezza ed incongruità di singole voci di costo fossero infondate, alla stregua dei seguenti rilievi:

- il costo per le spese generali era congruo, essendo stato indicato da Ador.Mare nella percentuale del 15%, dunque perfettamente entro il range (13% - 17%) previsto dall'art. 32, comma 2, lett. b) del D.P.R. n. 207/2010;
- parimenti congruo era l'utile di impresa, dichiarato nella percentuale del 10%, e dunque in un importo suscettibile anche di assorbire, in parte, eventuali sottostime di componenti di costo;
- erronea doveva intendersi la censura attorea riferita ai costi della manodopera, relazionata alla percentuale dell'8,56% rispetto al costo complessivo, in quanto computata sull'importo a base di gara, non già sull'offerta concretamente presentata dalla controinteressata, ovvero sul corrispettivo contrattuale; pertanto il calcolo corretto (ADOR.MARE aveva dichiarato un costo della manodopera di € 1.003.953,60 su un'offerta complessiva di € 8.189.000,06114 – doc. 8 delle produzioni 26.1.11 di parte controinteressata) dimostrerebbe invece che, anche al lordo del costo della progettazione, l'incidenza del costo della manodopera sarebbe pari al 12,25% dell'importo contrattuale, perfettamente in linea e addirittura superiore a quella (12,16%) prevista per le opere in OG 7 (opere marittime) dall'indice di congruità di cui alla tabella allegata all'accordo collettivo del 10 settembre

2020 sottoscritto dalle organizzazioni più rappresentative per il settore edile (cui rinvia l'art. 3 del D.M. Lavoro n. 143 del 25.6.2021);

- in relazione ai costi di trasporto dalla cava al cantiere ed a quelli di fornitura degli inerti, ADOR.MARE aveva presentato in gara i relativi preventivi (doc. 37 delle produzioni 4.2.2022 di I.R.E., pp. 22/28 e 25/28), i quali, per costante giurisprudenza, rivestono valore probante delle condizioni particolarmente vantaggiose spuntate dal concorrente in una gara pubblica;

- generica sarebbe infine, la censura circa la pretesa inadeguatezza dei mezzi indicati nell'offerta: a fronte della produzione dei contratti di nolo e delle schede tecniche dei motopontoni (doc. 37 delle produzioni 4.2.2022 di I.R.E., pp. 17/28, 22-24/28), le ricorrenti non avevano specificamente indicato quali sarebbero le caratteristiche tecniche carenti o inferiori a quelle di capitolato.

4. Con il presente gravame, le società appellanti hanno formulato, in due motivi, le seguenti censure avverso la sentenza di *prime cure*:

D) ERRONEITÀ DELLA SENTENZA IMPUGNATA LADDOVE È STATO DICHIARATO INFONDATO IL RICORSO DI PRIMO GRADO in relazione ai seguenti profili:

- 1) Irrilevanza dell'entità del ribasso presentato dalle appellanti;
- 2) Necessità di valutazione di elementi di anomalia delle componenti dell'offerta per la valutazione dell'anomalia nel suo complesso;
- 3) Mancata formulazione di censure avverso la congruità delle spese generali e dell'utile d'impresa;
- 4) Erroneità della sentenza quanto alla valutazione di congruità del costo della manodopera;
- 5) Erronea valutazione della congruità dei costi quanto:
  - a) al costo del trasporto inerti;
  - b) al costo della fornitura e posa in opera degli scogli;
- 6) Erroneità della sentenza quanto alla valutazione di idoneità dei mezzi indicati nell'offerta;

II) OMESSA PRONUNCIA RIGUARDO A UN PROFILO DI RICORSO ovvero al mancato calcolo, nella scheda relativa al costo orario del motopontone di ADOR.MARE, del costo per l'utilizzo delle gru di bordo, con relativi oneri e consumi, indispensabile per l'operatività stessa del mezzo.

5. Si sono costituite le parti appellate, Ire S.p.A e ADOR.MARE S.r.l, con articolate memorie difensive, richiedendo preliminarmente la declaratoria di inammissibilità dei motivi di appello calibrati non sugli originari motivi di ricorso ma sulle deduzioni svolte in corso di causa nelle memorie difensive, ed instando nel merito per il rigetto dell'appello.

6. In vista della trattazione di merito dell'appello parte appellante ha depositato memoria di discussione, ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo per il suo accoglimento, cui hanno replicato le parti appellate

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 17 novembre 2022 nella cui sede la difesa di Ire S.p.A ha richiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo, effettuata il giorno successivo.

## DIRITTO

8. Prima di delibare le censure poste a base dell'atto di appello giova richiamare la giurisprudenza in materia, relativa al sindacato del giudizio di valutazione di congruità dell'offerta compiuto dalle stazioni appaltanti nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

8.1. Ed invero, come più volte affermato dalla giurisprudenza, il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra le tante, Cons. di Stato, V, 2 maggio 2019, n. 2879; III, 29 gennaio 2019, n.726; V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978). L'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano

dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico.

D'altro canto va anche rammentato che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto e per contro sufficiente che questa si mostri *ex ante* ragionevole ed attendibile (così espressamente Cons. di Stato, V, 2018, 3480). Pertanto la valutazione di congruità costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis, Cons. Stato, V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; III, 18 settembre 2018 n. 5444; V, 23 gennaio 2018, n.230).

La motivazione del giudizio di non anomalia pertanto non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio *per relationem* alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa. La stazione appaltante non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430).

In sede di procedimento di verifica dell'anomalia è poi pacificamente ammessa la progressiva ripermimetrazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti

sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (C.d.S., V, sent. n. 1874/2020; C.d.S., V, n. 4400/2019; C.d.S., V, 4680/2017).

Inoltre, secondo la giurisprudenza, condivisa dalla Sezione, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283).

Infine, in base ai consolidati principi della giurisprudenza, se in sede giurisdizionale il ricorrente deduce l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante, legittimamente l'aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430; Consiglio di Stato, sez. III, 15.02.2021 n. 1361).

9. Peraltro, avuto riguardo anche alle eccezioni al riguardo mosse dalle parti appellate, va precisato che la disamina dei motivi di appello sarà condotta considerando la loro corrispondenza con quanto dedotto nel ricorso di *prime cure*, dovendo altrimenti la singola censura, non esattamente corrispondente alle doglianze del ricorso introduttivo di *prime cure*, considerarsi inammissibile per violazione del divieto dei nova, ex art. 104 comma 1 c.p.a..

Né rileva la circostanza che le ricorrenti, nel corso del giudizio di *prime cure* avessero meglio specificato le censure, anche all'esito della produzione documentale effettuata dalle controparti, con memorie difensive.

Ed invero laddove le censure potessero essere specificate dalle parti ricorrenti - sulla base della documentazione di cui erano a conoscenza - già all'atto della proposizione del ricorso introduttivo, la successiva specificazione avrebbe dovuto considerarsi *tamquam non esset*, in quanto tardiva, e la censura non sufficientemente specificata, in violazione della prescrizione dell'art. 40

comma 1 lett. d) c.p.a., considerarsi generica (come in effetti statuito dal giudice di prime cure con riferimento alla censura riferita alla non idoneità dei mezzi indicati nell'offerta); laddove invece le ricorrenti avessero appreso dal deposito documentale effettuato in corso di causa, ovvero all'esito dell'accesso, elementi ulteriori per la migliore articolazione delle doglianze formulate nel ricorso introduttivo, le stesse erano onerate dal proporre un ricorso per motivi aggiunti (c.d. vecchio tipo), volto all'impugnativa degli atti già oggetto del ricorso introduttivo, per porre nuove ragioni a sostegno delle domande già formulate, ex art. 43 comma 1 c.p.a., nel termine perentorio di rito decorrente dal deposito dei documenti (ex multis Cons. Stato Sez. VI, 24/08/2018, n. 5050; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3674).

10. Ciò posto, può passarsi alla disamina delle singole censure, non potendo essere accolta l'eccezione riproposta in questa sede dalle parti appellate di inammissibilità delle doglianze formulate, fondata sul rilievo della disamina parcellizzata delle singole componenti dell'offerta, posto che le doglianze formulate sia in *prime cure* che nel presente grado di appello, in tesi attorea, sarebbero in grado di assorbire l'intero utile dichiarato in sede di offerta; da ciò la necessità della loro disamina nel merito, pur con i limiti innanzi indicati circa l'ambito del sindacato del giudice amministrativo e circa la corrispondenza con le censure formulate nel ricorso introduttivo di *prime cure*.

11. Le appellanti deducono in primo luogo l'erroneità della sentenza di *prime cure* laddove aveva fatto riferimento all'entità del ribasso da esse praticato, al fine di sostenere la congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, non potendo essere poste a confronto le diverse offerte, avuto tra l'altro riguardo alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui esse disporrebbero.

11.1. La censura si palesa irrilevante ai fini dell'accoglimento dell'appello e va pertanto disattesa.

Ed invero il collegio ben conosce il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre

offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

11.2. Peraltro la statuizione del giudice di *prime cure*, seppure contenuta nella prima parte della sentenza, ha al riguardo solo una valenza confermativa della ritenuta congruità dell'offerta dell'aggiudicataria complessivamente considerata, avuto riguardo alla valutazione globale della sua sostenibilità, che il giudice di *prime cure* ha specificatamente fondato sul rigetto delle singole doglianze attoree.

Peraltro la valenza meramente confermativa della globale sostenibilità dell'offerta era evincibile anche dalla circostanza che, come evincibile dagli atti di causa, i ribassi delle offerte dei primi cinque concorrenti si sono attestati in un *range* di soli quattro punti percentuali, fra 31,310% e 27,121% per cui, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, anche l'offerta dell'aggiudicataria era da considerarsi nel complesso sostenibile.

Ciò in diparte dalla considerazione che anche l'aggiudicataria, al pari delle appellanti, gode di comprovata esperienza nel settore, come specificato nel paragrafo 2 delle giustificazioni prodotte nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

12. Parimenti irrilevante si palesa, ai fini dell'accoglimento dell'appello, la seconda censura, con cui nel criticare la statuizione del giudice di *prime cure* - di richiamo alla costante giurisprudenza in materia - si evidenzia la necessità di disamina dei singoli elementi di costo ai fini della valutazione della congruità dell'offerta nel suo complesso, posto che il giudice di *prime cure*, pur richiamando tale giurisprudenza, relativa ai limiti del sindacato del giudice

amministrativo, ha comunque esaminato nel merito le doglianze attoree, contenute nel ricorso introduttivo, analizzando le singole voci di costo ritenute incongrue da parte ricorrente.

13. Infondata si rileva inoltre la censura fondata sull'erroneità della sentenza appellata, per non avere le ricorrenti censurato in sé la congruità delle spese generali e dell'utile che, in tesi di parte appellante, avrebbe dovuto essere vagliata solo all'esito della disamina delle altre censure.

13.1. Ed invero il giudice di *prime cure* ha esaminato per prima tale doglianza in quanto inserita all'inizio del ricorso introduttivo e non subordinata dalle parti ricorrenti alla previa disamina delle restanti censure.

Il primo giudice ha pertanto correttamente effettuato la disamina di tale doglianza, riferita alla stima *ex se* delle spese generali e dell'utile come *claris verbis* evincibile dal ricorso introduttivo: *“le spese generali proprie dell'organizzazione in concreto della singola impresa potrebbero superare tale percentuale, tanto che la normativa prevede di massima un range tra il 13% e il 17% (art. 32, comma 2, lett. b), d.p.r. n. 8 207/2010). Non è vero invece che entrambe tali percentuali possano automaticamente consentire di “assorbire eventuali imprevisti non valutabili al momento della formulazione dell'offerta”, rectius sottovalutazioni nelle quali sia incorsa la concorrente nelle giustificazioni circa l'anomalia dell'offerta: - ciò può valere soltanto per l'utile, che può essere ridotto di qualche punto, vale a dire, al massimo, a tutto concedere, 5-7 punti; mentre - per le spese generali ciò non è consentito, tanto meno “al buio” come ha fatto IRE (il che dimostra l'approssimazione di IRE nell'analisi sulla congruità dei prezzi di ADOR.MARE S.r.l.); se del caso, occorrerebbe una valutazione approfondita che dimostri che le spese generali siano per la controinteressata inferiori al 15%, nel qual caso oltretutto non si comprenderebbe perché siano state dichiarate nella percentuale del 15%! In altri termini, un'impresa può rinunciare a una quota di utile, non di spese generali che corrispondono a una percentuale determinata dalle modalità di organizzazione dell'impresa stessa”*.

Alcun vizio di extrapetizione è pertanto rinvenibile nella statuizione di *prime cure*.

14. Inammissibile e comunque infondata è poi la doglianza riferita al costo della manodopera.

14.1. Ed invero in *prime cure*, nel ricorso introduttivo, le odierne appellanti si erano limitate genericamente ad affermare che *“Innanzitutto il costo della manodopera indicato da ADOR.MARE S.r.l. è del tutto insufficiente a remunerare l’impegno del personale nell’ambito dell’appalto di cui è causa: infatti, l’incidenza prevista è pari soltanto all’8,56% del corrispettivo contrattuale, mentre quella individuata nel progetto a base di gara sulla base delle 9 caratteristiche specifiche dell’opera è pari a oltre il doppio (17,80%); essa è altresì sensibilmente inferiore alla percentuale stabilita per tali tipologie di intervento (opere marittime, categoria OG7) nelle tabelle ministeriali sui costi minimi della manodopera di cui al D.M. 25/6/2021 n. 143 (12,16%) ....Inoltre, anche quando le esponenti hanno segnalato la circostanza con la diffida del 24/12/2021, IRE nuovamente non ha inteso dedicare attenzione a questo parametro, che da solo comporta uno scostamento - ingiustificato (e ingiustificabile) - dai dati di progetto di una percentuale pari al 9,24% del corrispettivo contrattuale, tale da azzerare, se non superare, il margine di riserva che potrebbe trovare spazio nella voce degli utili d’impresa ed eventualmente in minima parte in quella delle spese generali”*.

14.2. Ciò posto, correttamente il giudice di *prime cure*, ha rigettato la censura, come formulata nel ricorso introduttivo, facendo leva sull’errore di calcolo compiuto dalle parti ricorrenti, che avevano valutato l’incongruità del costo della manodopera avendo riguardo all’importo posto a base di gara e non all’offerta presentata dall’aggiudicataria. Tenendo conto dei dati corretti, ovvero dell’offerta presentata, il valore dell’incidenza del costo della manodopera rispetto al corrispettivo contrattuale offerto è infatti, come correttamente ritenuto dal primo giudice, pari a 12,46%  $[(€ 1.003.953,60 \times 100) / (€ 8.189.000,06 - € 135.180,00)]$  e non a 8,56%, come indicato dalle ricorrenti, ed è quindi perfettamente in linea con la percentuale indicata nel DM 143/2021.

14.3. Parte appellante critica al riguardo la sentenza di *prime cure* per non avere preso in considerazione il vizio dedotto in ricorso e cioè che detto costo era

stato da ADOR.MARE immotivatamente dimezzato rispetto a quello previsto in progetto, senza che IRE avesse compiuto sul punto alcuna verifica, sebbene tale parametro, da solo, comportasse uno scostamento ingiustificato dai dati di progetto, pari al 9,24% del corrispettivo contrattuale, tale da superare il margine di riserva che potrebbe trovare spazio nella voce degli utili di impresa che verrebbe così azzerato.

Il primo giudice, in tesi di parte appellante, si sarebbe limitato ad esaminare soltanto un profilo marginale della censura di ricorso, concernente lo scostamento dalla tabella ministeriale di cui al DM n. 143/2021, dettata per la verifica del lavoro nero.

Nella prospettazione di parte appellante l'importo della manodopera, dichiarato da ADOR.MARE è di € 1.003.953,60 suddiviso in "Manodopera EDILE" = € 189.950,40 e "Manodopera MARITTIMA" = € 814.003,20; mentre nel progetto a base di gara, verificato e validato, il peso della manodopera è stato stimato in € 2.052.512,32.

La sottovalutazione da parte di ADOR.MARE sarebbe quindi pari a € 1.048.558,72.

Ed invero, in tesi di parte appellante, se un'impresa indica in offerta un costo della manodopera pari a meno del 50% di quello individuato dal progettista, vuol dire che intende impiegare un numero di lavoratori pari alla metà di quanto analiticamente stimato in progetto oppure per metà del tempo necessario. Tali evenienze, determinanti per la valutazione di anomalia di un'offerta, non erano state affatto indagate da IRE, che aveva ritenuto congrua l'offerta di ADOR.MARE senza alcun approfondimento se non l'astratto rispetto delle tabelle ministeriali di cui all'art. 23 c. 16 del Codice.

14.3.1. Le appellanti deducono ulteriormente che nella memoria conclusiva depositata in primo grado aveva evidenziato altresì come nell'offerta di ADOR.MARE per la manodopera marittima fosse presente solo l'impiego di "marinaio" per 3720 ore, sicché mancavano le figure necessarie per la conduzione dei mezzi marittimi e cioè il "Comandante" e un "Sottoufficiale";

che sulla base della stessa offerta di ADOR.MARE pesavano come minimo € 287.146,80 (Ufficiale = 40 €/ora x 3.720 ore = € 148.800; Sottufficiale = 37,19 €/ora. Nei giustificativi di ADOR MARE le due figure professionali non dichiarate in offerta erano invece presenti (con i relativi costi orari) come di seguito: Ufficiale = 40/00 €/ora; Sottufficiale = 37,19 €/ora.

Pertanto dalle giustificazioni già si evinceva, in tesi di parte appellante, un'evidente discrepanza tra manodopera indicata in offerta e quella effettivamente impiegata. Il che a maggior ragione rendeva necessario un approfondimento istruttorio da parte della Commissione di gara circa l'anomalo dimezzamento del costo della manodopera.

14.4. Le doglianze così come formulate sono inammissibili.

14.4.1. Ed invero, come ammesso dalla stessa parte appellante, l'incongruità dei costi per la manodopera marittima è stata sollevata e stimata nell'ambito del giudizio di *prime cure* solo con memoria difensiva; pertanto correttamente il giudice di *prime cure* non ha tenuto conto di tale rilievo.

Né detta doglianza può essere considerata nella presente sede di appello, atteggiandosi *in parte qua* come censura nuova, in quanto non dedotta in *prime cure* nei termini e modi di rito, e come tale inammissibile, ex art. 104 comma 1 c.p.a..

14.4.2. Del pari inammissibile ex art. 104 comma 1 c.p.a. è la specificazione contenuta nell'atto di appello che vorrebbe spostare il vaglio dell'indagine della congruità del costo della manodopera, relazionato nel ricorso introduttivo alla sola percentuale di incidenza sul costo totale della commessa - che, come correttamente ritenuto dal giudice di *prime cure* non può che essere riferita all'offerta presentata in sede di gara - all'incongruità delle ore o del personale stimato per l'esecuzione della commessa; ed invero detta doglianza avrebbe dovuto essere specificata *in prime cure* - anche con ricorso per motivi aggiunti, nella ricorrenza dei relativi presupposti - avendo riguardo alle ore, suddivise per livello, indicate nell'offerta economica di ADOR.MARE (all. 8 prodotto dalla controinteressata in data 26 gennaio 2022) ed ulteriormente

dettagliato in sede di presentazione dei giustificativi nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, non potendo la stessa, in quanto volta alla specificazione di una censura formulata del tutto genericamente nel ricorso introduttivo, essere dettagliata con una semplice memoria difensiva.

Ciò in disparte dalla considerazione che la censura, così come articolata nel ricorso introduttivo di *prime cure*, è comunque infondata, anche avendo riguardo al discostamento dal costo della manodopera previsto in progetto, in quanto la stima del costo della manodopera indicata nel progetto definitivo a base di gara non è vincolante per i concorrenti che possono rideterminarla tenendo conto della propria organizzazione e dei mezzi e attrezzature impiegati, nel rispetto dei minimi salariali; l'aggiudicataria ha specificato in sede di giustificativi nel dettaglio la tipologia ed entità della manodopera impiegata con riguardo a ciascun prezzo unitario e, dunque, a ciascuna lavorazione e parte appellante soltanto con memoria difensiva ha in *prime cure* specificatamente dedotto la sottostima delle ore in relazione alla manodopera marittima.

15. Del pari da disattendere, in quanto non in grado di comportare l'accoglimento dell'appello, è la censura con cui le appellanti lamentano l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha assegnato valore probante ai preventivi - relativi alle spese di trasporto e alla fornitura e posa in opera degli scogli - in ordine alle condizioni di favore di cui dispone l'impresa, assumendo che l'approccio alla problematica dei preventivi seguito dal primo giudice non sia condivisibile, prescindendo da un necessario parametro di attendibilità e di rispondenza ai prezzi di mercato dei preventivi.

15.1. Va infatti in primo luogo osservato come, anche in caso di condivisione della prospettazione posta a base delle doglianze di parte appellante, fondata sulla più rigorosa giurisprudenza seguita da questa Sezione (Cons. Stato, Sez. V, 25/7/2018 n° 4537 secondo cui "*in linea di massima deve ammettersi che nelle procedure ad evidenza pubblica il concorrente possa giustificare il ribasso proposto facendo*

*riferimento ai preventivi o alle offerte a lui rivolte dagli operatori economici ai quali abbia deciso di subappaltare (entro i limiti di legge) una o più lavorazioni. Ciò tuttavia a patto che le proposte dei subappaltatori siano a loro volta corredate da giustificazioni, poiché in caso contrario non vi sarebbe alcuna garanzia in ordine alla congruità dei prezzi da costoro praticati e si sottrarrebbe una parte della prestazione (quella subappaltata) al vaglio di sostenibilità da parte della stazione appaltante. Ne consegue che il subappalto non possa essere invocato di per sé solo quale elemento di giustificazione dell'offerta sospetta di anomalia, poiché tale modus operandi si tradurrebbe in un sostanziale trasferimento dell'anomalia sul subappaltatore (Cons. Stato, Sez. V, 7/7/2017, n. 3341; 27/9/2004, n. 6329; 15/5/2001, n. 2705)”, le censure formulate non siano in grado ex se a far ritenere irragionevole il giudizio complessivo di valutazione della congruità dell'offerta e pertanto non potrebbero condurre all'accoglimento del ricorso di *prime cure*.*

Ed invero i maggiori costi per il trasporto nel ricorso introduttivo erano stati calcolati con riferimento al mero discostamento dai costi previsti nel prezzario regionale Liguria ( “*la grave sottovalutazione dei costi per il trasporto degli inerti destinati al ripascimento delle spiagge da collocare in mare, dalla cava individuata da ADOR.MARE, che è quella di proprietà dell'esponente Cave di Frisolino S.r.l. a Nè al cantiere di Chiavari: esso è fissato in 2 euro/ton, che equivalgono a circa 25 euro/ora, quando il prezzo stabilito nel prezzario per la Regione Liguria – anno 2021 (doc. 13) all'art. “AT.N01.A10.030 con portata da 18,01 t fino a 25,00 t”, richiamato dalla stessa ADOR.MARE S.r.l. in altra parte dei giustificativi (doc. 8), nella scheda di analisi prezzo n. 3 per lavorazione art. N.P.03, è 105,12 euro/ora! 10 A tale risultato totalmente insufficiente la controinteressata perviene incredibilmente sulla base del preventivo di una ditta siciliana (!), che non si comprende quali prezzi applichi a distanza di mille km. e al di là dello Stretto ... , Questo insensato scostamento dai valori di minimi del costo del servizio vale una percentuale pari al 6,14% del corrispettivo contrattuale (circa € 470.000,00)” e quantificati in euro 470.000,00, ovvero in un costo del tutto riassorbibile nell'utile di impresa.*

15.1.1. Ed invero, come innanzi precisato, in alcun modo la parte ricorrente avrebbe potuto dettagliare sulla base di altri presupposti, fondati anche sull'insufficienza del costo per la manodopera, quanto soltanto genericamente dedotto nel ricorso introduttivo, con la conseguenza che la censura, come riformulata in grado di appello sulla base di quanto irritualmente dedotto in *prime cure*, deve considerarsi come censura inammissibile ex art. 104 comma 1 c.p.a..

15.1.2. Ciò senza mancare di considerare che, come dedotto da ADOR.MARE, la voce di costo oggetto della contestazione, ossia il trasporto con autocarro della ghiaia, costituiva una sottovoce compresa nella più ampia prestazione indicata alla voce N.P.01, riguardante la “*provvista e posa in opera di ghiaia/pietrisco di cava/frantoio di granulometria selezionata (pezzeria indicativa 20/50 mm) per ripascimento spiagge pesato su autocarro e versato/steso via terra a mezzo escavatore e pala meccanica*”: dunque essa riguardava un'attività accessoria, normalmente inserita fra le spese generali ai sensi dell'art. 32, comma 4, lettera f) del d.p.r. 207/2010 alla voce “*spese per trasporto di qualsiasi materiale o mezzo d'opera*”, costituente un sotto-elemento di un prezzo.

Pertanto la stessa, oltre ad essere assorbibile nell'utile di impresa, pari al 10% del prezzo offerto, era senza dubbio rientrante nei costi generali, indicati nel range previsto dal d.p.r. 207/2010, o comunque riassorbibile in detti costi, posto che il range ivi previsto non costituisce un limite invalicabile.

Ed invero, quanto alla possibilità che eventuali sottostime possano essere riassorbite nell'utile di impresa, occorre avere riguardo a quella giurisprudenza, innanzi indicata, secondo la quale salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283).

Quanto al carattere non vincolante del *range* previsto dal d.p.r. 207/2010 occorre richiamare quella giurisprudenza, condivisa dal collegio, secondo la

quale “*ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta in una gara d'appalto, le percentuali per spese generali non sono incomprimibili, con la conseguenza che aliquote inferiori a quelle indicate dall'art. 32, comma 2, lett. b), d.P.R. n. 207/2010 (che prevede una forbice tra il 13% e il 17%) ben possono essere ammissibili, dal momento che trattasi di elementi la cui incidenza è variabile da impresa a impresa*” (T.A.R. Lombardia - Milano Sez. IV, Sent., 07/07/2022, n. 1620; T.A.R. Campania - Napoli , Sez. I, 29 maggio 2020, n. 2074; T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II , 18 maggio 2018, n. 490).

ADOR.MARE, conscia di tale possibilità pertanto in sede di giustificativi ha precisato a pag. 4 “*Più in particolare è stato possibile prevedere un'incidenza di spese generali pari al 15% e un utile pari al 10% al fine di rendere la propria offerta competitiva, ancorchè economicamente proficua. Inoltre si evidenzia che la strategia di mantenere l'utile di impresa pari al 10% e le spese generali al 15% consentirà di rimodulare le aliquote per eventuali imprevisti non valutati al momento della presentazione dell'offerta, o successivi perfezionamenti contabili*”.

La strategia dell'aggiudicataria è stata correttamente condivisa dal RUP nel verbale del 6/12/2021, in cui, nel rinviare *per relationem* alle giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria, si specifica, nell'ottica di una valutazione globale dell'attendibilità dell'offerta, che “*le incidenze dichiarate per spese generali (15%) e per utili di impresa (10%) si ritengono congrue; inoltre, come evidenziato dallo stesso concorrente, tali percentuali consentiranno di assorbire eventuali imprevisti non valutabili al momento della formulazione dell'offerta*”

15.2. Le medesime considerazioni valgono quanto alla ritenuta incongruità del costo riferito alle spese per la fornitura e posa degli scogli, quantificato dalla stessa parte appellante, rimediando alla sovrastima contenuta nel ricorso introduttivo, in maggiori euro 46.079,35 (cfr. nota n. 9 a pag. 15 dell'atto di appello).

16. Parimenti da disattendere è la doglianza di parte appellante volta alla critica della sentenza di *prime cure* nella parte in cui ha ritenuto generica la doglianza formulata nel ricorso introduttivo riferita alla non idoneità dei mezzi indicati nell'offerta dell'aggiudicataria.

Parte appellante deduce al riguardo che il vizio non era stato dedotto in maniera generica, posto che le caratteristiche tecniche carenti o inferiori dei mezzi offerti da ADORMARE dovevano evincersi già dalle caratteristiche indicate nelle giustificazioni della controinteressata depositate in atti (DOC. 37 di IRE) e ancor più dopo l'accesso avvenuto nel corso del giudizio, a seguito del quale le esponenti avevano potuto dettagliare il vizio nella memoria conclusiva, allorchè avevano appreso, in particolare, che i mezzi indicati da ADORMARE sono:

- MOTOPONTONE "ST. GEORGE" – armatore ADOR.MARE Srl che è motopontone stabilizzato armato con gru da 200 t e portata in coperta di 1300 ton;
- MOTOPONTONE "REDEEMER" – armatore P&S MARINE (offerta di nolo a caldo), che è motopontone stabilizzato armato con gru da 180 t e portata in coperta, per tipologia e dimensione del mezzo, non superiore a 1.000 ton.

Ed invero, avuto riguardo all'onere di specifica articolazione dei motivi di ricorso ex art. 40 comma 1 lett. d) c.p.a., tanto più rilevante ove si deduca l'illegittimità della verifica di congruità dell'offerta, la parte era onerata dallo specificare nel ricorso introduttivo le caratteristiche tecniche carenti o inferiori a quelle di capitolato desumibili dai giustificativi e ad proporre ricorso per motivi aggiunti, a seguito dell'accesso agli atti, onde dettagliare meglio la doglianza formulata nel ricorso introduttivo.

Si rimarca infatti ulteriormente che non è consentita una differente e crescente rimodulazione delle doglianze attoree se non veicolate nei modi e tempi prescritti dal codice di rito, ovvero tramite la presentazione di un ricorso per motivi aggiunti, nella ricorrenza dei relativi presupposti, dovendo altrimenti la censura, come dettagliata nella memoria difensiva, considerarsi *tamquam non esset* e ritenersi quella formulata nel ricorso introduttivo del tutto generica e violativa della prescrizione di rito.

Per tale ragione, la censura formulata in sede di appello, in quanto tendente a valorizzare una doglianza non veicolata nei modi e termini di rito, oltre che infondata - avendo il giudice di *prime cure* correttamente considerato quanto dedotto nel ricorso introduttivo, considerando la censura generica – si rileva inammissibile ex art. 104 c.p.a. non potendo la disamina della censura avvenire in questa sede sulla base di presupposti diversi da quelli ritualmente introdotti in *prime cure*.

17. Da rigettare infine è il secondo motivo di appello con cui le società appellanti lamentano l'omessa pronuncia in cui sarebbe incorso il giudice di *prime cure* nella disamina della doglianza riferita al mancato calcolo, nella scheda relativa al costo orario del motopontone di ADORMARE, del costo per l'utilizzo delle gru di bordo, con relativi oneri e consumi, indispensabile per l'operatività stessa del mezzo.

17.1. Ed invero, in disparte dalla considerazione che la sottostima indicata nell'atto di appello, pari ad euro 83.518,10 ben poteva essere riassorbita, insieme ai maggiori costi per il trasporto ed ai maggiori costi per la fornitura e posa degli scogli, nell'utile di impresa, vi è da evidenziare che appare del tutto condivisibile la prospettazione di ADOR.MARE secondo cui il costo da essa prospettato per l'utilizzo dei motopontoni comprendeva certamente anche le spese necessarie per la loro messa in funzione, ivi compreso l'utilizzo della gru da intendersi parte integrante della dotazione dei mezzi; pertanto il loro utilizzo era da intendersi già compreso nei costi dei motopontoni presentati con le giustificazioni.

18. Alla stregua di quanto innanzi precisato nella disamina delle singole censure, l'appello va in parte dichiarato inammissibile ed in parte va rigettato.

19. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla complessità delle questioni ed alla parziale decisione in rito, per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta ed in parte lo dichiara inammissibile nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**