

N. 02982/2014REG.PROV.COLL.
N. 00797/2013 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 in appello iscritto al numero di registro generale 797 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

TEC.SP.ED. S.A.S. - TECNOLOGIE SPECIALI PER L'EDILIZIA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Cesare Loria e Luigi Cesaro, con domicilio eletto presso Cesare Loria in Roma, via Mantova, n. 13;

contro

COMUNE DI CRISPANO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Senese e Andrea Orefice, con domicilio eletto presso Francesco Mangazzo in Roma, via Alessandro III, n. 6;

nei confronti di

PE.BA. COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Maddalena, con

domicilio eletto presso Antonella Petrilli in Roma, via del Mascherino, n. 72;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, sez. VIII, n. 784 del 7 febbraio 2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva dei lavori di realizzazione della Scuola dell'infanzia del Rione Cappuccini – risarcimento danni;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Crispano e della Pe.Ba. Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2013 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati C. Loria, M. Sanino, su delega di A. Orefice, e S. Maddalena;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Crispano con determina n. 226 del 21 febbraio 2012 indicava una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo edificio della scuola dell'infanzia nel Rione Cappuccini, per un importo complessivo a base d'asta di €. 920.262,25, oltre I.V.A. (di cui €, 35,792,87, oltre I.V.A. per oneri inerenti i piani di sicurezza, non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 53, comma 4, e

dell'art. 82, comma 2, lett. b), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mediante ribasso sull'importo posto a base di gara.

Nel bando erano previsti espressamente i criteri per la individuazione e la verifica delle offerte anormalmente basse (rispettivamente punto VII.2.1 e VII.2.2) , nonché il relativo procedimento (punto VII.2.3).

All'esito della gara, giusta verbale n. 6 del 12 giugno 2012, risultava provvisoriamente aggiudicataria la ditta Pe.Ba. Costruzioni s.r.l. (d'ora in avanti anche l'aggiudicataria), con un ribasso pari al 35,192% sull'importo a base d'asta.

Esperita la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, con determina n. 1241 del 5 novembre 2012 venivano approvati i verbali della commissione di gara e, ritenute adeguate le giustificazioni prodotte a sostegno dell'offerta, la predetta Pe.Ba. Costruzioni s.r.l. era dichiarata conseguentemente aggiudicataria definitiva dell'appalto.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. VIII, con la sentenza resa in forma semplificata n. 784 del 7 febbraio 2013, preceduta dalla pubblicazione del dispositivo n. 510 del 23 gennaio 2013, nella resistenza dell'intimata amministrazione comunale e dell'aggiudicataria, ha respinto il ricorso proposto da TEC.SP.ED. s..a.s. (secondo classificata nella gara di appalto in appalto, con un ribasso del 35,164%) per l'annullamento della determina n. 1241 del 5 novembre 2012, del verbale della commissione di gara n. 6 del 12 giugno 2012, degli atti relativi al sub - procedimento di verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, ivi comprese le giustificazioni prodotte, e di quelli presupposti, connessi e conseguenti.

A fronte dei quattro motivi di censura sollevati (rubricati: “1) violazione dell’art. 88 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione; violazione del giusto procedimento; violazione del principio di concentrazione delle sedute di gara; violazione e falsa applicazione della sez. VIII.2.3 e VIII.2.3.2 del bando di gara; eccesso di potere per violazione della par condicio con evidente comportamento di favore verso l’aggiudicatario”; “2) violazione dell’art. 88, commi 1 bis e 2, del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione; violazione del principio di celerità della procedura di gara; violazione del principio di par condicio tra i concorrenti”; “3) violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione”; “4) violazione degli artt. 87, comma 4, e 131, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione”), il Tribunale ha rilevato che: a) il sub procedimento di verifica dell’anomalia è avulso da ogni formalismo inutile ed è improntato alla massima collaborazione tra stazione appaltante e offerente; b) i termini fissati dall’art. 88, commi 2, 3 e 4 del D. Lgs. n. 163 del 2006 non sono normativamente qualificati perentori; c) il principio del contraddittorio, cui è improntata tutta la fase di verifica dell’anomalia, esclude che il decorso di tali termini possa determinare l’effetto automatico dell’esclusione dalla gara, inibendo all’amministrazione di svolgere i necessari o opportuni approfondimenti sull’affidabilità dell’offerta o di concedere

differimenti, senza che ciò implichi violazione della *par condicio*; d) la Pe.Ba. Costruzioni s.r.l. non aveva comunque violato i termini di legge e quelli assegnati dall'amministrazione appaltante per la produzione dei documenti richiesti; e) l'integrazione da parte dell'aggiudicataria delle giustificazioni già presentate con i moduli C, C1, C2 e C3 non escludeva la tempestività dell'apporto collaborativo già espletato (tanto più che il mancato utilizzo dei predetti moduli non era espressamente sanzionato con l'esclusione); f) l'apporto collaborativo dell'aggiudicataria, ancorché non sempre lineare, aveva consentito l'effettivo contraddittorio; g) il giudizio tecnico – discrezionale dell'amministrazione circa la congruità dell'offerta è notoriamente insindacabile, né erano stati allegati profili di manifesta illogicità e incoerenza; h) mentre l'offerta è immodificabile, le giustificabili sono invece modificabili e rimodulabili; i) non emergeva, né era stato fornito alcun elemento probatorio a supporto dell'asserito assoggettamento anche degli oneri di sicurezza al ribasso indicato nell'offerta dell'aggiudicataria.

Con la predetta sentenza è stata altresì rigettata la domanda di risarcimento in forma specifica e per equivalente monetario.

3. TEC.SP.ED. S.A.S. (d'ora in avanti anche l'appellante) ha ritualmente impugnato il dispositivo di sentenza n. 510 del 23 gennaio 2003, articolando quattro motivi di gravame (rubricati rispettivamente “*Error in iudicando*: violazione dell’art. 88, commi 2, 3 e 4; violazione del punto VIII.2.3.), terzo periodo del bando di gara; eccesso di potere per assenza e contraddittorietà della motivazione; eccesso di

potere per manifesta illogicità consistente nell'aver ritenuto sufficienti giustificazioni non presentate. Violazione perentorietà dei termini”; “*Error in iudicando*: illogicità manifesta consistente nell'aver consentito un totale sovvertimento delle analisi dei prezzi presentate ai sensi dell'art. 88, comma 1, D. Lgs. n. 163/06, a seguito della presentazione di nuove analisi”; “Costi per la sicurezza. *Error in iudicando*: violazione dell'art. 87, comma 4 e dell'art. 131, comma 3, del D. Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione”; “*Error in iudicando*: violazione dell'art. 88, comma 1, D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del bando di gara (sezione VII.2.3 e VIII.2.3.2); perentorietà del termine per la presentazione delle giustificazioni; eccesso di potere per violazione della par condicio con evidente comportamento di favore per l'aggiudicatario”), con cui sono state sostanzialmente riproposte tutte le censure sollevate in primo grado, a suo avviso malamente apprezzate ed ingiustamente respinte; è stata riproposta anche la domanda subordinata di risarcimento dei danni.

A seguito del deposito della sentenza l'appellante, con atto notificato a mezzo del servizio postale il 27 febbraio 2013, ha formulato motivi aggiunti attraverso i quali ha illustrato per ogni singolo capo della sentenza impugnata le ragioni della relativa erroneità e ingiustizia.

Hanno resistito al gravame il Comune di Crispano e Pe.Ba. Costruzioni s.r.l., che ne hanno chiesto il rigetto.

4. Con ordinanza n. 895 del 13 marzo 2013 questa Sezione, ritenendo che i motivi di appello meritassero l'esame approfondito proprio della

fase di merito ed in considerazione del mancato avvio dei lavori, oltre che della non intervenuta stipulazione del contratto, ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, fissando per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 15 ottobre 2013.

5. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione sia l'appellante che il Comune di Crispano hanno illustrato le proprie tesi difensive.

All'udienza pubblica del 15 ottobre 2013, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. I motivi di gravame attengono tutti alla legittimità del sub – procedimento di verifica della congruità dell'offerta dell'impresa PE.BA. Costruzioni s.r.l., dichiarata provvisoriamente aggiudicataria della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo edificio della scuola dell'infanzia nel Rione Cappuccini nel Comune di Crispano, e della successiva determinazione n. 1241 del 5 novembre 2012 (che ha ritenute adeguate le giustificazioni dell'offerta, pronunciando in favore della predetta impresa l'aggiudicazione definitiva dell'appalto): essi possono essere trattati congiuntamente.

6.1. Il loro esame impone tuttavia una preliminare ricapitolazione dei fatti.

6.1.1. Con nota prot. 6573 del 13 giugno 2012 l'amministrazione comunicava alla PE.BA. Costruzioni s.r.l. di essere stata dichiarata provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto di cui si tratta, invitandola a produrre la seguente documentazione: relazione

dettagliata giustificativa dell'offerta economica proposta, integrata con i modelli di cui al bando di gara e precisamente i modelli, C, C1, C2 e C3 (documentazione richiesta anche in ragione del considerevole ribasso offerto); certificato di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 34 del 2000; certificazione del casellario giudiziale e dei carichi pendenti di tutti i soggetti muniti di potere di rappresentanza; certificazione di regolarità fiscale; certificato di iscrizione alla Camera di commercio con dicitura antimafia e fallimentare; durc.

6.1.2. Con successiva nota, prot. 7901 del 16 luglio 2012, l'amministrazione, pur dando atto che l'impresa aggiudicataria, con plico prot. 7188 del 27 giugno 2012, aveva effettivamente prodotto il certificato di iscrizione camerale, il certificato del casellario giudiziale e quello dei carichi pendenti relativamente ai signori Michele Petrillo e Leonardo Messoro, l'attestato di qualificazione SOA, il certificato di regolarità contributiva e la relazione giustificativa dell'offerta economica, rilevava, proprio quanto a quest'ultima, che essa non era stata redatta secondo i modelli allegati al bando, evidenziando in particolare che "il modello C, così come prodotto, è carente sia del costo della manodopera, che del monte ore lavorativo, oltre che della percentuale riferita alle spese generali, dell'elenco delle attrezzature (da ammortizzare e già ammortizzate) e dell'utile d'impresa. Allo stesso modo il modello C1, così come prodotto, è carente, per tutte le schede relative alle categorie di lavorazione, della colonna riportante l'analisi prezzi utilizzata dalla Regione Campania nel prezzario delle opere edili, e quindi causa di una forte limitazione nell'attività di

controllo e verifica; ciò nonostante, si sono potute riscontrare talune incongruenze nella formulazione dei prezzi unitari offerti. Ugualmente il modello C3 così come prodotto, è carente nell'elenco delle attrezzature da utilizzarsi per le relazioni con i relativi costi di ammortamento e/o di gestione e manutenzione, nonché dell'importo costituente l'utile d'impresa".

Invitava pertanto l'impresa "...a rivedere la propria analisi giustificativa, utilizzando i modelli citati cui ci si deve attenere, anche al fine di consentire una più agevole e facile attività di verifica e controllo.."e a far pervenire la relativa documentazione entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta, non mancando di avvertire che "...la compilazione dei modelli allegati al Bando di gara, qualora sia congruità e coerenza, costituisce prova giustificativa del ribasso offerto e pertanto questa società ne dichiara conseguentemente la certezza circa l'esecuzione dei lavori a regola d'arte e nel rispetto del progetto esecutivo, così come ne dichiara la relativa remuneratività".

6.1.3. Avendo la Pe.ba. Costruzioni s.r.l. prodotto ulteriore documentazione (acquisita al protocollo con prot. 8468 del 31 luglio 2012), l'amministrazione la informava, giusta nota 9076 del 4 settembre 2012, che dall'esame della documentazione emergeva "un costo della manodopera, da impiegare nel procedimento costruttivo, di €. 221.726,04 sensibilmente inferiore rispetto a quello indicato nel progetto esecutivo, con conseguente riduzione dei tempi di esecuzione rispetto a quelli indicati nel crono programma esecutivo; costi materiali, da impiegare nel procedimento costruttivo, inferiori

rispetto a quelli medi di mercato; un utile d'impresa di €. 52.000,00", evidenziando che al fine di accertare la congruità dell'offerta economica era necessario acquisire la seguente ulteriore documentazione a supporto alle dichiarazioni già rese: "- Cronoprogramma lavori operativo, con l'indicazione finanziaria riferita ai costi della manodopera; - preventivi acquisiti dall'impresa e riferiti alle materie prime da impiegarsi nel processo costruttivo, con la precisazione che i medesimi prezzi saranno mantenuti, dall'offerente, fissi per tutta la durata dei lavori di che trattasi; dichiarazione a firma dell'impresa, dalla quale si evinca che le indagini e le attività eseguite ..., al fine di determinare il ribasso così come già offerto in sede di gara, sono state tutte quelle utili ed indispensabili per poter effettivamente quantificare tutti i costi da sostenere, nulla escluso, e conseguentemente anche gli utili, riuscendo a realizzare l'opera di che trattasi completa in ogni sua parte, nel rispetto della regola dell'arte e funzionale per l'uso specifico cui è destinata, ovvero che prima della formulazione della propria offerta, l'impresa ha eseguito il controllo delle voci e delle quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto ha formulato l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative qualità ritenute eccedenti o mancanti; e di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara e delle modalità di pagamento specifiche indicate nel bando, resta comunque fissa ed

invariabile e tale da consentire la realizzazione dell'opera completa e funzionante in ogni sua parte”.

A tal fine era assegnato un ulteriore termine di cinque giorni.

6.1.4. L'impresa PE.BA. Costruzioni s.r.l. con nota in data 7 settembre 2012, acquisita in pari data al protocollo dell'amministrazione con il n. 9193, contestava tale ulteriore richiesta, adducendone per un verso l'inammissibilità con riferimento sia alla previsione dell'articolo 12, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (in quanto era già intervenuta l'aggiudicazione provvisoria), sia alla pretesa di mantenere inalterati i prezzi dei lavori (cosa che non rientrava tra le condizioni dell'appalto, come rilevabili dal bando), sia alla richiesta dichiarazione concernente i presupposti fattuali posti a fondamento dell'offerta presentata (che costituiva a suo avviso un'indebita integrazione dei patti e delle condizioni contrattuali previste nel bando) e rilevando, per altro verso, l'esiguità del termine di cinque giorni assegnato per l'ulteriore integrazione documentale: diffidava pertanto l'amministrazione a dar luogo a quanto necessario per la stipulazione del contratto.

6.1.5. L'amministrazione comunale, che con nota prot. n. 9271 del 10 settembre 2012, ripercorso l'*iter* di gara, aveva insistito nelle proprie richieste di integrazione documentali, assegnando all'impresa un ulteriore termine di cinque giorni per provvedere, a fronte del persistente rifiuto dell'impresa aggiudicataria (di cui alla nota in data 11 settembre 2012, coevamente acquisita al protocollo dell'ente con il n. 9298), con la nuova nota prot. 9406 del 13 settembre 2012

rivendicava la piena legittimità del proprio operato in conformità alle previsioni generali del D. Lgs. 163 del 2006 e a quelle specifiche del bando di gara, prendeva atto dell'atteggiamento pretestuoso e non collaborativo assunto dall'impresa aggiudicataria e, sul presupposto di non essere stata messa in condizione di poter verificare la congruità dell'offerta economica presentata, invitava l'impresa per il successivo 20 settembre 2012, alle ore 12,00, per il necessario contraddittorio previsto dall'art. 84, comma 4, del D. Lgs. n. 163 del 2006, avvertendola della possibilità di "...produrre la documentazione richiesta nelle more del succitato contraddittorio, oltre ad ogni elemento che ritenga utile..", oltre che del fatto che "...nel caso in cui l'offerente non si presenti alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione e procedere all'esclusione dell'offerta".

6.1.6. Come emerge dal verbale di contraddittorio ai sensi dell'art. 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006, i rappresentanti della PE.BA. Costruzioni s.r.l. intervenuti alla riunione del 20 settembre 2012 dichiaravano "di non produrre alcuna documentazione", rilevando peraltro che "ai sensi dell'art. 12 del D. Lgs. n. 163 del 2006 la società si ritiene aggiudicataria definitiva dell'appalto", tant'è che il verbale si chiudeva con la seguente affermazione: "Si prende atto che la società Pe.Ba. Costruzioni s.r.l. nonostante gli inviti formulati e finalizzati a produrre le precisazioni pertinenti dovute, così come precedentemente rappresentato, non ha dato riscontro, così come non ha dato riscontro nemmeno con la presente seduta del contraddittorio, e

quindi ha impedito a questa Stazione appaltante di esercitare l'attività di verifica dell'affidabilità globale dell'offerta, nonché della serietà, della congruità e dell'attendibilità”.

6.1.7. L'aggiudicataria poi con nota in data 29 ottobre 2012 (acquisita al protocollo dell'ente in pari data al n. 11105) trasmetteva all'amministrazione preventivi per forniture della ditta Nuova Franzedil s.r.l. e una nota esplicativa e chiarificativa.

Con tale documentazione, come emerge dalla motivazione dell'impugnata determinazione n. 1241 del 5 novembre 2012, l'aggiudicataria, secondo l'amministrazione, aveva fornito “...prova della propria coerenza e congruità con quanto già offerto e giustificato”, avendo tra l'altro dichiarato, a scopo esplicativo e chiarificatorio, “di avere, al fine di determinare il ribasso offerto in sede di gara, svolto ogni più utile indagine ed attività conoscitiva al fine di quantificare tutti i costi da sostenere, nulla escluso, e conseguenzialmente anche gli utili, onde riuscire a realizzare l'opera di che trattasi completa in ogni sua parte, nel rispetto delle regole dell'arte e funzionale per l'uso specifico cui è destinata...”.

6.2. Ciò posto, la Sezione osserva che non sono meritevoli di favorevole considerazione le censure sollevate con parte del primo motivo di gravame e con il quarto motivo di gravame, con cui l'appellante ha sostenuto che il procedimento di verifica sarebbe stato inficiato dalla macroscopica ripetuta violazione dei termini assegnati all'aggiudicataria per la presentazione della documentazione di chiarimenti dell'offerta (documentazione che peraltro non sarebbe

stata neppure effettivamente prodotta) e dalla conseguente omessa esclusione dell'offerta (e dell'aggiudicataria) dalla gara.

6.2.1. Sul punto non vi ragione per discostarsi dal consolidato indirizzo giurisprudenziale, correttamente richiamato dai primi giudici, secondo cui il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio ed il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta.

Invero il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio (al fine di eliminare l'offerta sospettata di anomalia) e 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 ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso è pertanto finalizzato a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto (*ex multis*, C.d.S., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6442; sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2956; sez. V, 18 febbraio 2013, n. 973, 15 aprile 2013, n. 2063), ponendosi l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta soltanto come effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere.

In tal senso la giurisprudenza ha ripetutamente sottolineato come il

corretto svolgimento del procedimento di verifica presupponga l'effettività del contraddittorio (tra amministrazione appaltante ed offerente), di cui costituiscono necessari corollari l'assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; la immutabilità dell'offerta, ma la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (*ex pluribus*, C.d.S., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; 23 luglio 2012, n. 4206; sez. V, 20 febbraio 2012, n. 875; sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801; 21 maggio 2009, n. 3146).

6.2.2. In applicazione di tali consolidati principi deve innanzitutto escludersi, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, che la mancata ovvero anche la sola tardiva produzione delle giustificazioni dell'offerta e degli eventuali chiarimenti (ex art. 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006) potesse comportare l'automatica esclusione dell'offerta sospettata di anomalia, essendo in ogni caso l'amministrazione appaltante obbligata alla valutazione della stessa, ovviamente sulla sola scorta della documentazione posseduta, ai fini di accertarne la idoneità e l'adeguatezza ai fini della corretta esecuzione dell'appalto.

6.2.3. D'altra parte, sotto altro profilo, deve poi condividersi la tesi dei primi giudici circa la irrilevanza della pretesa violazione dei ricordati termini del sub - procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta,

ciò sia in ragione della delineata finalità cui esso tende, sia in ragione del fatto che i termini indicati nell'invocato art. 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (rispettivamente di quindici giorni per la presentazione delle giustificazioni e di cinque giorni per fornire le precisazioni o i chiarimenti richiesti) non sono perentori, quanto piuttosto sollecitatori (come si ricava dalla stessa formulazione letterale della disposizione), avendo lo scopo di contemperare gli interessi dell'offerta a giustificare l'offerta e quelli dell'amministrazione alla rapida conclusione del procedimento di gara).

La funzione essenziale del sub - procedimento di verifica dell'anomalia, come già rilevato, è di apprezzare l'idoneità e l'adeguatezza dell'offerta (sospettata di anomalia) ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, funzione che può realizzarsi solo con il pieno contraddittorio, unico presupposto la cui violazione può inficiare la successiva valutazione dell'offerta da parte dell'amministrazione appaltante.

Ciò senza contare che, a tutto voler concedere, una questione di tardività nella produzione della documentazione e dei chiarimenti richiesti dall'amministrazione a conforto delle giustificazioni dell'offerta presentata dall'aggiudicataria provvisoria si potrebbe porre in realtà soltanto con riferimento a quanto prodotto dall'aggiudicataria con la nota del 29 ottobre 2012 (laddove tutte le precedenti produzioni, come sottolineato dai primi giudici, risultano essere rispettose dei termini previsti dalla legge o assegnati dall'amministrazione), tardività che, come già evidenziato, non

sussiste, essendo decisiva ai fini della legittimità del procedimento (di acquisizione della documentazione a giustificazione e a chiarimento dell'offerta presentata) che detta documentazione sia pervenuta prima dell'attività valutativa dell'amministrazione appaltante (o della commissione a tal fine preposta).

6.3. Non merita favorevole considerazione neppure il secondo motivo di appello con cui l'impresa appellante ha sostenuto che i primi giudici avrebbero malamente apprezzato la corrispondente censura sollevata in primo grado, con cui era stata dedotta l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione appaltante che avrebbe consentito all'impresa aggiudicataria di sovvertire le analisi dei prezzi originariamente prodotte a giustificazione della propria offerta, ammettendo non solo la ulteriore produzione di giustificazioni, ma addirittura di modificare profondamente quelle precedenti.

E' sufficiente rilevare al riguardo che, come del resto già si è avuto modo di ricordare, nel sub - procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta solo quest'ultima è da ritenersi imm modificabile, laddove le giustificazioni sono sicuramente modificabili ed integrabili: ciò del resto coerentemente alla finalità, precipua del sub - procedimento di verifica, di appurare ed apprezzare l'idoneità, l'adeguatezza e la congruità dell'offerta (rispetto alla corretta esecuzione dell'appalto), finalità che giustifica pertanto del tutto ragionevolmente la modificazione delle giustificazioni e dei chiarimenti.

Nel caso in esame, come si ricava inconfutabilmente dalle stesse argomentazioni difensive dell'appellante, non vi è stata alcuna

modificazione dell'offerta, essendo asseritamente state modificate soltanto le giustificazioni (ed i chiarimenti) all'offerta presentata, il che è da ritenersi consentito proprio in ragione della finalità del sub – procedimento di verifica e della stessa essenza delle giustificazioni e dei chiarimenti.

6.4. E' invece fondato il primo motivo di appello nella parte in cui l'appellante ha denunciato che i primi giudici non avrebbero tenuto conto dell'illogico comportamento dell'amministrazione appaltante che, dopo aver ripetutamente, ma vanamente, richiesto all'impresa aggiudicataria la documentazione e i chiarimenti ritenuti indispensabili per la corretta valutazione della congruità dell'offerta, avrebbe ritenuto sufficiente quella prodotta (incompleta e comunque non coincidente con quella richiesta), dichiarando congrua e non anomala l'offerta della Pe.Ba. Costruzioni s.r.l., dichiarandola definitivamente aggiudicataria dell'appalto.

6.4.1. Occorre al riguardo rilevare che, come emerge dagli atti di causa, la documentazione originariamente prodotta dall'impresa con la nota prot. 7188 del 27 giugno 2012 (sub. 6.1.2.), ed in particolare le giustificazioni dell'offerta (non redatte secondo i modelli C, C1, C2 e C3, circostanza quest'ultima di per sé non significativa), non soddisfaceva pienamente l'esigenza di consentirne l'agevole ed effettivo apprezzamento ai fini della valutazione di idoneità e congruità, così che l'amministrazione richiedeva la puntuale compilazione di quei modelli, compilazione che "...qualora vi sia congruità e coerenza, costituisce prova giustificativa del ribasso

offerto e pertanto questa società ne dichiara conseguentemente la certezza circa l'esecuzione dei lavori a regola d'arte e nel rispetto del progetto esecutivo, così come ne richiama la remuneratività”.

Sulla nuova documentazione prodotta dall'impresa (in data 31 luglio), l'amministrazione, come si ricava dalla nota prot. 9076 del 4 settembre 2012 (sub 6.1.3), esprimeva perplessità e rilevava significative carenze giustificative circa il costo della manodopera, il costo dei materiali da impiegare nel procedimento costruttivo e l'utile d'impresa, tanto da ritenere indispensabile ai fini dell'accertamento della congruità dell'offerta l'acquisizione di un crono – programma lavori operativo, con l'indicazione finanziaria riferita ai costi della manodopera; dei preventivi di acquisto riferiti dalle materie prime da impiegarsi nel processo costruttivo, con attestazione dell'immutabilità dei relativi prezzi per tutta la durata dei lavori; articolata dichiarazione dell'impresa in ordine alla ragionevole congruità del ribasso indicato nell'offerta.

Senonché a tale ulteriore richiesta di documentazione giustificativa e di chiarimenti si opponeva decisamente l'impresa aggiudicataria, confermando tale atteggiamento anche nel corso della riunione tenutasi il 20 settembre 2012 ai sensi dell'art. 88, comma 4, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (sub. 6.1.4, 6.1.5 e 6.1.6), indetta dall'amministrazione proprio per acquisire in contraddittorio ogni utile elemento per la valutazione di congruità dell'offerta in esame: è del resto significativa la conclusione del verbale di quella riunione, ove si legge: “Si prende atto che la società Pe.Ba. Costruzioni s.r.l.

nonostante gli inviti formulati e finalizzati a produrre le precisazioni pertinenti dovute, così come precedentemente rappresentato, non ha dato riscontro, così come non ha dato riscontro nemmeno con la presente seduta del contraddittorio, e quindi ha impedito a questa Stazione appaltante di esercitare l'attività di verifica dell'affidabilità globale dell'offerta, nonché della serietà, della congruità e dell'attendibilità".

6.4.2. Sulla scorta di tali incontrovertibili dati di fatto, seppure non è dato dubitare, com'è già stato rilevato in precedenza, della ammissibilità, anche sotto il profilo della tempestività, della ulteriore produzione documentale depositata in data 29 ottobre 2012 dall'impresa aggiudicataria a giustificazione e chiarimento della propria offerta, non può d'altra parte negarsi che la decisione dell'amministrazione (di cui alla impugnata determinazione n. 1241 del 5 novembre 2012) di ritenere fornita la prova della coerenza e della congruità dell'offerta presentata in ragione della documentazione prodotta proprio il 29 ottobre 2012 non sia suffragata dalla necessaria, adeguata, coerente e convincente motivazione, proprio come eccepito dall'appellante.

In realtà, per esplicita ammissione della stessa amministrazione, la pervicace opposizione tenuta dall'impresa aggiudicataria nei confronti delle ulteriori richieste di documentazione e chiarimenti, non solo non aveva consentito la effettiva verifica dell'affidabilità dell'offerta in esame, per quanto aveva soprattutto lasciate immutate le perplessità e le carenze riscontrate nella prima documentazione prodotta; giova

aggiungere che la produzione documentale del 29 ottobre 2012 non è, almeno apparentemente, conforme alle specifiche richieste avanzate dall'amministrazione appaltante.

Quest'ultima pertanto nell'assumere la decisione di ritenere congrua l'offerta presentata, malgrado la posizione quanto meno non collaborativa dell'impresa aggiudicataria, avrebbe dovuto puntualmente dare conto delle ragioni per le quali la produzione documentale del 29 ottobre 2012, ancorché non specificamente conforme a quella più volte richiesta in quanto ritenuta indispensabile per la verifica della congruità dell'offerta, fosse da considerare utile e decisiva a tal fine, precisando altresì in che modo essa era idonea a superare le precedenti perplessità e carenze istruttorie.

Non è idonea a superare tale rilievo la sostanziale insindacabilità della valutazione di anomalia dell'offerta, cui hanno fatto riferimento sia i primi giudici che le difese delle parti appellate.

Infatti, detta insindacabilità attiene al giudizio in sé sull'offerta, quale espressione della discrezionalità tecnica, che presuppone tuttavia, per un verso, la completezza dell'istruttoria (intesa quale acquisizione di tutti gli elementi conoscitivi per potere emettere una valutazione consapevole) e, per altro verso, la logicità, la ragionevolezza, la non arbitrarietà e la non abnormità della motivazione che giustifica la valutazione stessa: sennonché nel caso di specie, pur potendo convenirsi sulla completezza dell'istruttoria, è mancata quanto meno la logicità e la ragionevolezza della motivazione, non già in astratto, ma in concreto, con riferimento all'articolato dipanarsi del sub –

procedimento di verifica ed in particolare alle richieste avanzate dall'amministrazione, agli adempimenti dell'impresa aggiudicataria ed ai non sempre coerenti atteggiamenti assunti dalle parti.

Sotto tale profilo i provvedimenti impugnati devono ritenersi effettivamente viziati, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici.

6.5. Alla delineata fondatezza dell'esaminato motivo di gravame, che comporta l'annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado, consegue l'obbligo dell'amministrazione di provvedere nuovamente alla conclusione del sub - procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, valutandone effettivamente la idoneità e congruità sulla scorta delle giustificazioni e chiarimenti richiesti e della documentazione prodotta, anche in ragione delle perplessità e delle carenze inizialmente riscontrate, non mancando poi di appurare, ai fini dell'eventuale nuovo giudizio positivo sulla congruità dell'offerta, anche la questione concernente la asserita applicazione del ribasso indicato nell'offerta anche agli oneri della sicurezza (il che consente di ritenere assorbito l'ultimo motivo di gravame relativo proprio a tale profilo).

6.6. A ciò consegue anche l'inammissibilità allo stato della domanda risarcitoria.

7. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere accolto il ricorso proposto in primo grado da TEC.SP.ED. s.a.s., annullando gli atti

impugnati pure nei sensi di cui in motivazione.

Le spese del doppio grado di giudizio e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da TEC.SP.ED. s.a.s. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. VIII, n. 784 del 7 febbraio 2013 lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado da TEC.SP.ED. s.a.s. ed annulla gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Crispano e Pe.Ba. Costruzioni s.r.l., in solido tra di loro, al pagamento in favore di TEC.SP.ED. s.a.s. delle spese del doppio grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 10.000,00 (euro diecimila) [€. 5.000,00 (cinquemila) per ciascuno), oltre I.V.A. e C.P.A, se dovuti, nonché), nonché alla restituzione del contributo unificato, se versato, per la proposizione del ricorso di primo grado e per quello di appello

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/06/2014

IL SEGRETARIO

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