

Pubblicato il 16/07/2019

N. 04997/2019REG.PROV.COLL.

N. 06845/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6845 del 2010, proposto da

Costruzioni Sa.Chi.Ro s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Leperino, Alfonso Leperino, con domicilio eletto presso lo studio Manuela Venezia in Roma, via Nomentana, 257;

**contro**

Comune di Vico Equense, non costituito in giudizio;

**nei confronti**

Della Monica Ciro & Figli Snc di Ferdinando della Monica e Parlato Costruzioni S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 04277/2009, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e dato atto che all'udienza nessuno è comparso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha respinto il ricorso proposto dalla società Costruzioni Sa.Chi.Ro. s.r.l. per l'annullamento dei seguenti atti, relativi alla gara di appalto per cottimo fiduciario indetta dal Comune di Vico Equense per i lavori di sistemazione di via Antignano del territorio comunale:

- verbale di valutazione della congruità delle offerte del 26 maggio 2008;
- determinazione del dirigente del servizio "lavori pubblici" n. 51 dell'8 maggio 2008 di riapprovazione della lettera di invito per cottimo fiduciario e della domanda di partecipazione alla gara;
- lettera d'invito prot. 15143 del 28 maggio 2008;
- verbale di gara del 3 giugno 2008 e determina di aggiudicazione n.13 del 5 giugno 2008.

La sentenza ha quindi respinto la domanda di risarcimento dei danni conseguiti all'esclusione dalla gara di appalto ed ha compensato le spese processuali.

1.1. La ricorrente aveva premesso che l'amministrazione resistente con lettera d'invito prot. 12902 dell'8 maggio 2008, aveva invitato otto ditte, tra cui la società Costruzioni Sa.Chi.ro. s.r.l., a partecipare alla gara e che, in sede di gara, a seguito dell'apertura dei tre plichi contenenti le offerte, esclusa quella della "A.N.A. EdilSud s.r.l." per non aver autenticato la firma apposta all'offerta economica, la stazione appaltante, per un verso, aveva dato atto dell'infruttuoso risultato della procedura, ritenendo non congrue le offerte presentate dalle altre due imprese, tra cui quella dell'odierna ricorrente; per altro verso, aveva riapprovato la lettera d'invito alla nuova gara da inoltrare alle otto imprese già invitate alla precedente gara.

1.2. La sentenza ha deciso come segue:

- quanto ad un primo gruppo di censure, concernenti la gara del 16 maggio 2008 e l'esclusione della ricorrente per anomalia dell'offerta -richiamate la procedura di cottimo fiduciario ex art. 125, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 163 del 2006 di cui alla lettera d'invito, nonché la prescrizione in questa contenuta che "non si procederà alla determinazione della soglia dell'anomalia, fermo restando il potere della Stazione Appaltante di valutare la congruità delle offerte, chiedendo eventualmente ai relativi offerenti di presentare, entro 10 giorni dalla ricezione delle richieste, gli elementi giustificativi della richiesta presentata"- ha ritenuto non pertinente "il richiamo operato da parte ricorrente ... alla disciplina relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto-soglia, ... all'omesso obbligo di richiedere le c.d. giustificazioni preventive ex art. 86, co. 5, D. Lgs. 163/2006 (trattandosi di norme non applicabili alle procedure economiche di cui all'articolo 125 del codice [...])" ed ha aggiunto che "il contestato operato della stazione appaltante risulta conforme alle prescrizioni al riguardo dettate dalla lex specialis della procedura de qua"; ancora, quanto alla censura di incongruenza ed insufficienza motivazionale del giudizio di anomalia dell'offerta, ha reputato che "le censure mosse al riguardo, pur a fronte della contestazione relativa dell'elevato ribasso offerto (39,95) e della rilevata incidenza del prezzo dei materiali sui costi di mano d'opera e di utile d'impresa, si risolvono nella generica ed apodittica affermazione per cui dall'analisi dei prezzi e dalla descrizione specifica dei lavori a farsi, anche se posti a confronti con i prezzi di mercato, risulta la congruenza dell'offerta e la mancanza di qualsiasi ipotesi di anomalia del ribasso"; ha inoltre escluso il vizio di incompetenza del dirigente del servizio "lavori pubblici", autore dei

provvedimenti, e la rilevanza del mancato rispetto degli obblighi partecipativo-informativi ex art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, considerati tutt'al più rilevanti in punto di decorrenza del termine per l'impugnazione;

- quanto alle censure concernenti la seconda gara del 3 giugno 2008 (incentrate sul mancato rispetto dei termini tra la ricezione della lettera d'invito e la data prevista per la presentazione delle offerte, nonché sull'incongruenza del termine assegnato, anche in ragione dell'omessa evidenziazione delle motivazioni di urgenza che ne avrebbero giustificato l'adozione), ha osservato che la sussistenza di ragioni di urgenza nel caso di specie "emerge sia sul piano formale (cfr. le lettere di invito relative ad entrambe le procedure di gara), sia su quello sostanziale (in considerazione della necessità di indire una seconda procedura a fronte dell'evidenziato termine perentorio di completamento degli adempimenti connessi al progetto finanziato)".

2. Per ottenere la riforma della sentenza, la società Costruzioni Sa.Chi.Ro. s.r.l. ha avanzato appello con cinque motivi e riproposizione della domanda risarcitoria.

2.1. Il Comune di Vico Equense e gli altri intimati indicati in epigrafe non si sono costituiti.

2.2. Alla pubblica udienza del 13 giugno 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. I motivi di appello ripropongono quelli del ricorso introduttivo del primo grado, censurando le statuizioni di cui sopra, nei termini che seguono.

3.1. Col primo motivo si torna a sostenere la violazione del principio del contraddittorio, ovvero della necessità delle giustificazioni in caso di offerta ritenuta anomala, atteso che l'art. 125, comma 14, del d.lgs. n. 163 del 2006 -norma ritenuta applicabile dal primo giudice- fa salva, per i lavori in economia, l'applicabilità dei "principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto di cui al presente codice"; pertanto, sarebbe stata applicabile la disciplina in tema di verifica di anomalia, senza che fosse ammissibile la deroga, contenuta nella lettera d'invito, dell'obbligo della stazione appaltante di richiedere le giustificazioni (potendosi fare salva soltanto l'ipotesi -non ricorrente nella specie- che la legge di gara preveda l'obbligo della società offerente di giustificare il ribasso dell'offerta contestualmente alla sua presentazione, come da precedente di cui a Cons. Stato, VI, 6 marzo 2009, n. 1348).

3.2. Col secondo motivo si sostiene che, unitamente alle note difensive in primo grado, la ricorrente aveva prodotto "tutta una serie di documentazione (analisi dei prezzi, descrizione dei lavori, prezzi di mercato) dal cui esame risultava l'infondatezza della valutazione di anomalia dell'offerta operata dalla stazione appaltante", sicché sarebbe errata la sentenza che ha ritenuto la censura generica e apodittica.

3.3. Col terzo motivo si denuncia la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, per la dedotta mancanza di un provvedimento formale di comunicazione dell'esclusione (che la sentenza ha ritenuto irrilevante con riferimento al disposto dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006); detta mancanza avrebbe pregiudicato la partecipazione della società alla seconda gara.

3.4. Col quarto motivo si censura il rigetto del motivo concernente l'incompetenza del dirigente, affermandosi che la competenza andrebbe individuata in quella residuale della Giunta comunale prevista dall'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000;

3.5. Col quinto motivo, in relazione alla seconda gara, si torna a denunciare il mancato rispetto del termine di dieci giorni tra la ricezione della lettera di invito e la data prevista per la presentazione delle offerte, nonché l'assenza di motivi urgenti per la previsione di un eventuale termine inferiore, e comunque l'incongruità del termine concesso (tre giorni lavorativi).

4. I motivi sono infondati.

4.1. Ribadito che si verte in ipotesi di lavori in economia affidati mediante procedura di cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, è corretta la sentenza che ha escluso l'applicabilità delle norme sul procedimento di valutazione dell'anomalia delle offerte. Il mero richiamo fatto dall'art. 125, comma 14, ai principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal codice e dal regolamento non consente affatto l'applicazione di una disciplina specifica, quale quella dettata dagli artt. 86-88 dello stesso codice.

4.1.1. Peraltro, la legge di gara era assolutamente chiara nel riservare alla stazione appaltante il potere di valutare la congruità delle offerte, lasciando alla facoltà della medesima la scelta di richiedere o meno le giustificazioni dell'impresa. La deroga è legittima in ragione di quanto appena detto sulla portata dell'art. 125, comma 4. Il richiamo della sentenza di cui a Cons. Stato, VI, n. 1348/2009 non è pertinente poiché si tratta di decisione relativa ad una procedura aperta per l'affidamento di appalto integrato di progettazione e costruzione di un edificio, non dell'affidamento di lavori in economia.

Il primo motivo va respinto.

4.2. Quanto alla censura di vizio motivazionale del giudizio di anomalia dell'offerta, va ribadito che tale giudizio è espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale (cfr., da ultimo, tra le altre Cons. Stato, V, 23 gennaio 2018, n. 430). Dato ciò, è corretta la ratio decidendi della sentenza di primo grado secondo cui, per sostenere l'inattendibilità del giudizio di anomalia della propria offerta, la ricorrente ne avrebbe dovuto positivamente dimostrare la congruenza, in termini tali da sconfessare manifestamente la valutazione negativa della stazione appaltante.

In particolare, in presenza dell'inequivocabile contestazione per la quale "...il prezzo ribassato è al limite dei costi di mercato e, quindi, privo dell'incidenza dei costi di mano d'opera e di utile d'impresa, tanto anche in considerazione della peculiarità dell'intervento a farsi ...", la ricorrente avrebbe dovuto analizzare i lavori da eseguire e confrontare i costi dei materiali con i prezzi di mercato, dimostrando la persistenza di adeguati margini di remunerazione della manodopera e di utile d'impresa.

La mancanza di una dimostrazione siffatta -non ricavabile affatto per tabulas dalla documentazione riversata in giudizio senza alcuna dettagliata ricostruzione degli elementi suddetti- comporta il rigetto del secondo motivo.

4.3. Privo di giuridico fondamento è il riferimento, contenuto nel terzo motivo, all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, quale norma che avrebbe imposto alla stazione appaltante di comunicare all'impresa l'esclusione dalla gara: la norma è inapplicabile agli atti endoprocedimentali delle procedure di affidamento regolate dal codice dei contratti; la comunicazione del provvedimento di esclusione è disciplinata dall'art. 79, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 163 del 2006, la cui

mancanza non vizia il provvedimento, ma determina i soli effetti ritenuti dalla sentenza appellata.

4.3.1. Il pregiudizio lamentato dall'appellante circa l'asserita difficoltà di partecipare alla seconda gara, ove sussistente, non sarebbe conseguenza dell'omissione di detta comunicazione, bensì tutt'al più dell'irregolare indizione della seconda gara (salvo che, come si dirà trattando del quinto motivo, nel caso di specie, non si riscontra nemmeno tale irregolarità).

Il terzo motivo va respinto.

4.4. Il provvedimento di esclusione è stato adottato dall'organo competente, ai sensi dell'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL): rientra infatti tra i compiti dei dirigenti l'adozione degli atti di gestione delle procedure di appalto, essendo riservata alla Giunta comunale, ai sensi dell'art. 48 del TUEL, richiamato dall'appellante, l'adozione degli atti, diversi da quelli di gestione, spettanti agli organi di governo.

Il quarto motivo va respinto.

4.5. Infine, va confermata la motivazione della sentenza quanto alla sussistenza dei motivi di urgenza che hanno indotto il Comune appaltante a ridurre il termine di dieci giorni tra la ricezione della lettera d'invito e la data prevista per la presentazione delle offerte della seconda gara.

4.5.1. Quanto alla congruità del termine (compreso tra il 28 maggio ed il 3 giugno 2008), la relativa valutazione è espressione di discrezionalità della stazione appaltante e, nel caso di specie, non risulta affatto manifestamente incongrua od illogica, considerati la modesta portata dei lavori da effettuarsi in economia e la circostanza che l'invito era rivolto alle medesime ditte che avevano partecipato alla prima gara indetta per l'affidamento degli stessi lavori.

5. In conclusione, l'appello va respinto, con conferma integrale della sentenza impugnata.

5.1. Non vi è luogo a provvedere sulle spese del grado d'appello, attesa la mancata resistenza degli intimati.

### **P.Q.M.**

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

Nulla sulle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giuseppina Luciana Barreca

Giuseppe Severini