

N. 04858/2013REG.PROV.COLL.
N. 03011/2011 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 3011 del 2011, proposto dalla Materazzo Ing, Lucio S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con la Materazzo Restauri S.r.l., la Elektro Servizi S.r.l., la Eu.Ro. S.r.l. e la Tecnoimpianti S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Mario R. Spasiano e Francesco Vetrò, con domicilio eletto presso [lo Studio](#) Scoca in Roma, via Paisiello 55;

contro

Comune di Benevento, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Giuliano, con domicilio eletto presso Giulio Cimaglia in Roma, viale G. Marconi 57;

nei confronti di

Co.System di Sgueglia Luigi & C. S.n.c., cui subentrava per cessione di ramo d'azienda la Mastio Restauri S.r.l., in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con la Sieme - Società Idro-Elettro-Meccanica Edile s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Orazio Abbamonte, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Terenzio 7;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE VIII, n. 265/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DEL COMPLESSO STORICO S.VITTORIO - LOTTO C DA ADIBIRE A [CENTRO](#)

SERVIZI CULTURALI.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Benevento nonché della Mastio Restauri S.r.l., succeduta alla Co.System di Sgueglia Luigi & C. S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 luglio 2013 il Cons. Nicola Gaviano, nessuno essendo comparso per le parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Impresa di Costruzioni Materazzo ing. Lucio s.r.l., agendo in proprio e quale mandataria di A.t.i. con la Materazzo Restauri s.r.l. ed altri operatori, impugnava dinanzi al T.A.R. per la Campania la determina dirigenziale n. 572/2010 recante l'aggiudicazione, in favore dell'A.t.i. tra Co.System di Sgueglia Luigi & C. s.n.c. e Sieme s.r.l., dell'appalto indetto dal Comune di Benevento per il recupero del complesso storico di San Vittorino - lotto C (da adibire a Centro Servizi Culturali), procedura nella quale essa ricorrente era risultata seconda.

Resistevano al ricorso il Comune di Benevento e l'aggiudicataria.

Con la sentenza n. 265/2011 in epigrafe, resa in forma semplificata, il ricorso veniva respinto.

Avverso tale decisione la ricorrente soccombente esperiva indi il presente appello, con il quale riproponeva le proprie domande e doglianze, estendendo le proprie critiche alla decisione che le aveva disattese.

Il Comune e l'aggiudicataria resistevano anche a questo grado dell'impugnativa, deducendo l'infondatezza dell'appello.

Con ordinanza in data 25 maggio 2011 la domanda cautelare proposta dall'appellante veniva respinta.

Con successiva memoria l'appellante riprendeva e sviluppava ulteriormente le proprie censure, insistendo nelle sue conclusioni.

L'aggiudicataria, dal canto suo, con memoria di replica, oltre ad eccepire una *mutatio libelli* avversaria, nonché l'estraneità alla controversia di quanto concernente la mera esecuzione dell'appalto, riprendeva i propri argomenti sull'infondatezza dell'appello, concludendo per la sua reiezione.

Alla pubblica udienza del 30 luglio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

1 L'appello è fondato nei limiti appresso precisati.

La parte ricorrente con il presente gravame è tornata a dolersi della mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria, la cui offerta sarebbe stata inammissibile, siccome non riferibile allo specifico appalto oggetto di gara, ed inoltre inattendibile, poiché non proporzionata nel numero delle giornate lavorative indicate alla consistenza dell'opera da eseguire.

La prima di tali critiche è infondata, mentre la seconda è meritevole di accoglimento sotto il profilo del dedotto vizio di difetto di motivazione in cui è incorso il Comune di Benevento.

2a Riguardo al primo rilievo di fondo a base dell'impugnativa, l'appellante insiste sull'essenzialità dell'errore commesso dalla controinteressata nella propria offerta di ribasso sui tempi di esecuzione dell'opera, offerta che è stata da lei riferita testualmente ad altra procedura di appalto, indetta da un'Amministrazione diversa. Viene richiamata, inoltre, la clausola del bando di gara che prevedeva l'irricevibilità e la conseguente esclusione delle offerte "*relative ad altro appalto*" (Sez. X del bando), per concluderne che nella fattispecie la Commissione di gara non avrebbe potuto effettuare alcuna operazione ermeneutica con finalità correttive dell'errore.

2b La Sezione ritiene, però, che il T.A.R. sotto questo profilo abbia a ragione reputato corretto l'operato della Stazione appaltante.

La Commissione ha attribuito valore di errore materiale agevolmente riconoscibile alla circostanza che nell'offerta "*tempo di esecuzione lavori*" presentata dall'aggiudicataria i lavori fossero stati riferiti al Palazzo "Maturi" del Comune di Amorosi (oggetto di altra gara), mentre l'immobile oggetto dell'appalto in rilievo era costituito dal complesso di San Vittorino di Benevento.

E ragionevolmente è stata condivisa la valutazione della Commissione che, appunto, il riferimento al "Palazzo Maturi" non comprometteva la riferibilità dell'offerta ai lavori oggetto dell'appalto di specie, trattandosi palesemente di una mera svista nella redazione dell'atto, agevolmente riconoscibile ed inidonea a destare reali dubbi sul contenuto dell'offerta medesima, che vi era stato esattamente riportato.

Va ricordato, invero, che nella stessa offerta "*tempo di esecuzione dei lavori*", pur comparso, nella parte finale della dichiarazione, l'erroneo richiamo alla diversa procedura, l'intestazione recava, però, indicazione del corretto oggetto dell'appalto. La

busta in cui la dichiarazione in discorso era inserita, inoltre, unita a tutte le altre componenti dichiarative e documentali della complessiva offerta, formava un contesto che si riferiva in modo univoco alla gara formante oggetto di controversia.

Già da questo consegue che non esisteva alcuna condizione di effettiva incertezza in ordine alla corretta imputazione dell'offerta alla procedura in esame, essendo in tal senso univoca la volontà della concorrente.

Può essere peraltro aggiunto che il numero di giornate lavorative offerte, pari a 287, corrispondeva a quello indicato nel cronoprogramma dei lavori presentato contestualmente dalla stessa ditta, il quale, a sua volta, lungi dall'essere di tenore generico, ripercorreva fedelmente la sequenza delle voci elencate nel progetto posto dalla Stazione appaltante a base della presente gara, sì da confermare la riferibilità a quest'ultima della dichiarazione negoziale della controinteressata.

Né vale il richiamo di parte ricorrente alla clausola di bando che prevedeva l'esclusione delle offerte "*relative ad altro appalto*". Ciò per la semplice ragione che non basta ad ascrivere ad "*altroappalto*" un'offerta la mera circostanza che nella sua confezione compaia un'indicazione riguardante altra procedura quando, come nella specie, tale indicazione sia isolata, e la lettura complessiva della manifestazione di parte sia univoca nel rivelare l'erroneità di un simile riferimento, e nel confermare l'ascrivibilità dell'offerta alla procedura corretta.

2c Per quanto precede, questo primo motivo dell'appello si rivela destituito di fondamento.

3 Un esito diverso merita però il successivo mezzo.

Questo investe la decisione in epigrafe nella parte in cui il primo Giudice ha escluso che la valutazione della Commissione sull'elemento tempo fosse censurabile per non avere essa colto la mancanza di proporzione della durata dei lavori offerta dall'appellata rispetto alla loro entità.

3a La ricorrente sin dal proprio originario ricorso introduttivo si è diffusamente soffermata sull'entità del ribasso offerto dall'avversaria in merito ai tempi di esecuzione della commessa, deducendone l'abnormità e la sproporzione rispetto alla consistenza delle opere da eseguire. Ed un esame complessivo del suo primo ricorso fa ritenere che il relativo punto non dovesse fungere solo da mero indice sintomatico a supporto della doglianza formale che è stata appena disattesa (con funzione, quindi, puramente servente), ma fosse anche dotato di dignità autonoma quale nucleo di una censura a sé

stante (cfr. le pagg. 3 e 4 del primitivo ricorso, dove si legge : “L’indicazione ... era testualmente riferita a lavorazioni diverse da quelle oggetto dell’appalto de quo. La definizione della tempistica, inoltre, era manifestamente sproporzionata ... risultando così l’offerta del tutto irragionevole ed inattendibile”).

Sicché la coltivazione anche in grado di appello di tale autonoma censura non integra una *mutatiolibelli*.

3b L’aggiudicataria, a fronte della previsione di 930 giorni di durata dei lavori posta a base di gara, si era impegnata a realizzare l’opera in soli 287 giorni (valore marcatamente inferiore anche alla media dei ribassi offerti dalle altre concorrenti): e ciò senza indicare soluzioni organizzative idonee a giustificare una simile compressione dei tempi di esecuzione, applicata tra l’altro in modo uniforme su tutte le fasi della lavorazione.

Da ciò si sarebbe dovuta desumere, ad avviso della ricorrente, la conseguente inattendibilità dell’altrui offerta e quindi l’ineseguibilità dell’appalto nei relativi termini : onde l’Amministrazione avrebbe dovuto, se non escludere *tout court* la concorrente, o escluderne la sola offerta-tempo, quantomeno valutare l’effettiva possibilità di accogliere quest’ultima.

3c Il mezzo è stato disatteso dal T.A.R. facendo riferimento, da un lato, alla “*manca di una espressa impugnazione della clausola del bando che, nel predeterminare il punteggio da attribuire per il caso di riduzione dei tempi di lavorazione, attribuiva al detto elemento un peso ponderale pari a 10 nell’ambito di un punteggio sino a 100*”; dall’altro, alla circostanza che l’offerta dell’aggiudicataria, come quelle delle altre ditte ammesse, non era stata ritenuta anomala ai sensi dell’art. 86 del d.lgs. 163/2006.

3d Questa motivazione non risulta però persuasiva, dal momento che la ricorrente non si era doluta né dell’incidenza ponderale assegnata all’offerta-tempo in seno alla complessiva offerta di gara dell’avversaria, né dell’anomalia dello specifico contenuto economico di quest’ultima, ma aveva lamentato, come si è detto, la –mancata rilevazione della- incongruità del profilo temporale dell’offerta.

3e Tanto premesso, la Sezione ritiene di poter convenire in via di principio con l’appellante sulla tesi di fondo che nelle gare affidate al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, nei particolari casi in cui un’offerta (pur se formalmente regolare) presenti, per ragioni attinenti all’eccessività del ribasso -anche non economico- proposto, condizioni tali da poter mettere a repentaglio l’eseguibilità

dell'appalto, l'Amministrazione non possa ignorare tale circostanza, ma debba esprimere la propria valutazione in merito.

3f Un caso paradigmatico è quello fornito dalla presente vicenda.

La disciplina della gara in controversia prevedeva che le offerte delle concorrenti sarebbero state graduate in ragione di criteri tecnico-qualitativi fino all'attribuzione di un massimo di 70 punti, e secondo criteri quantitativi fino a 30 punti, a loro volta articolati nel modo seguente:

- fino a 20 punti da attribuire in base al prezzo offerto, segnatamente in favore del maggior ribasso percentuale rispetto all'importo soggetto a ribasso;
- fino a 10 punti in funzione del tempo di esecuzione dei lavori: in altre parole, “*saranno valutate le riduzioni dei tempi contrattuali rispetto al cronoprogramma posto a base di gara*”, che indicava una durata di 930 giorni (la legge di gara non prevedeva, infine, soglie minime per l'offerta concernente l'elemento “tempo”).

La competizione tra le imprese investiva, dunque, il versante della tempistica da offrire per l'esecuzione della commessa in modo non molto diverso da quello tipico delle condizioni prettamente economiche di un appalto. Il desiderio di prevalere sulla concorrenza, infatti, avrebbe potuto potenzialmente indurre una ditta ad offrire alla Stazione appaltante tanto un ribasso economico eccessivo (*de plano* inquadrabile nella fenomenologia regolata dall'art. 86 del Codice degli Appalti), quanto una tempistica di esecuzione dell'opera parimenti priva di sostenibilità, e pertanto suscettibile di pregiudicare allo stesso modo l'interesse pubblico alla corretta realizzazione dell'appalto.

3g Esigenze del genere possono essere talvolta salvaguardate a monte dalla Stazione appaltante con la previsione, nella *lex specialis*, di un valore in funzione di soglia minima a tutela della serietà delle offerte.

In difetto di una previsione del genere, non pare dubbio che la regola generale da seguire sia pur sempre quella dell'automatica assegnazione alle offerte dei punteggi discendenti dalla formula stabilita dalla legge di gara.

Discorso diverso deve però farsi in presenza di un ribasso –ancorché non economico– che si discosti dagli altri in misura tanto pronunciata da poter far sorgere il timore che sia messa a repentaglio la serietà ed affidabilità dell'offerta.

In questa estrema evenienza, un'estensione analogica dei principi della normativa in tema di anomalia del ribasso economico esige da parte dell'Amministrazione, ai sensi

dell'art. 86 del Codice degli appalti pubblici, una consapevole valutazione sulla sostenibilità dell'offerta.

Il comma 3 dell'art. 86 del Codice, che prevede la regola della valutabilità, da parte delle Stazioni appaltanti, della congruità di ogni offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa integra, invero, un principio generale.

D'altro canto, nelle gare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la regola (art. 87, comma 1) per cui la richiesta di giustificazioni deve riguardare, oltre che le voci di prezzo, anche gli "*altri elementi di valutazione dell'offerta*", può rivestire un senso non solo nel tipico caso in cui occorra verificare la sostenibilità di un ribasso economico, ma anche in presenza di altre offerte c.d. quantitative recanti ribassi di altra natura similmente suscettibili di apparire "anormali", e pertanto meritevoli di valutazione (e, nei congrui casi, di approfondimento istruttorio) alla stregua dell'*eadem ratio* già illustrata in precedenza.

3h Né si può accedere all'obiezione dell'appellata secondo la quale la serietà dell'impegno che le imprese assumerebbero sul fronte della tempistica di esecuzione sarebbe comunque assicurata in partenza dal sistema delle penali previste dal capitolato. Ciò per la stessa ragione che proprio dall'appellata è stata qui opposta all'argomento avversario facente leva sui ritardi asseritamente fatti registrare dall'appaltatrice, nel frattempo, nell'esecuzione dei lavori di cui si tratta: vale a dire, la necessità di tenere distinto il piano della formulazione dell'offerta di gara, e della validità della medesima, da quello attinente all'esecuzione del contratto.

Senza dire, poi, che lo spessore della posta in gioco, quando sia questione della serietà della volontà negoziale espressa da un offerente, ben potrebbe far ritenere insufficiente la remora pur creata dalla presenza delle penali, e giustificare una specifica attenzione da parte della Stazione appaltante già in sede di gara.

3i Orbene, nella fattispecie concreta la tempistica offerta dall'appellata si distaccava con marcata evidenza da quella proposta dalle altre ditte. Mentre la prima aveva proposto un tempo di esecuzione pari a 287 giorni, le altre concorrenti avevano proposto, nell'ordine: 784, 480, 540, 420 (l'appellante), 800, 700, 840, 558, 646 e 600 giorni (con una media delle offerte altrui indicata in ricorso in 637 giorni).

La ricorrente, evidenziato il suddetto differenziale, assume che la tempistica proposta *ex adverso* non sarebbe stata sufficiente, se non a prezzo di eliminare partite di lavori o stravolgere il progetto. E fornisce anche degli elementi circostanziati a sostegno dei

suoi asseriti (richiamandoli nelle pagg. 8 e 9 dell'appello), allegando una perizia tecnica. Sullo stesso punto, però, l'aggiudicataria non manca di svolgere delle precise obiezioni (pagg. 3-4 della memoria di costituzione), a loro volta supportate da perizia tecnica.

3l Ora, non compete certamente a questa Sezione esprimersi in modo diretto sulla sostenibilità del termine di durata dei lavori offerto in gara dall'appellata.

La Sezione può e deve osservare, tuttavia, che nella particolare vicenda (contrassegnata, come si è visto, da una pronunciata divaricazione della durata dei lavori offerta dall'aggiudicataria rispetto alle altre ditte) l'Amministrazione avrebbe dovuto farsi carico della problematica indicata esprimendo una valutazione consapevole sul punto, laddove essa si è limitata invece, anche in proposito, alla meccanica applicazione della formula valutativa della *lex specialis* (bando, pag. 9).

Da qui la fondatezza della critica di carenza di motivazione mossa al riguardo dall'appellante all'Amministrazione, che conseguentemente dovrà svolgere ora per allora la valutazione a suo tempo omessa sulla sostenibilità dell'offerta in questione, alla luce degli elementi al tempo conoscibili.

4 In conclusione, nei termini che sono stati esposti il presente appello deve trovare accoglimento con riferimento al secondo motivo esaminato, restando salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Autorità amministrativa.

La reciprocità della soccombenza costituisce ragione sufficiente a giustificare la compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale accoglimento del ricorso di primo grado, annulla l'aggiudicazione originariamente impugnata nei termini e con gli effetti sopra precisati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 30 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/09/2013

IL SEGRETARIO

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