N. 02581/2015REG.PROV.COLL.
N. 00757/2015 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 757 del 2015, proposto dalla Edilelettra di De Nicolò Donato & Figli s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese (a.t.i.) con la De Cicco s.a.s. di De Cicco Roberto & C., rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Gagliardi La Gala e Massimo Del Prete, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2;

contro

Comune di Bari, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Cioffi, con domicilio eletto presso Fabio Caiaffa in Roma, via Nizza 53;

nei confronti di

Ar.f.a. Tech s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicolò Mastropasqua, con domicilio eletto presso Piero Lorusso in Roma, largo Messico 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I, n. 341/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento di un accordo quadro per la manutenzione degli uffici giudiziari siti nel Comune di Bari.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti, e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bari e della Ar.f.a. Tech s.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Massimo Del Prete, Fabio Caiaffa, su delega dell'avvocato Rosa Cioffi, e Nicolò Mastropasqua;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Edilelettra di De Nicolò Donato & figli s.r.l., capogruppo dell'a.t.i. con la De Cicco s.a.s. di De Cicco Roberto & C., veniva esclusa per anomalia dell'offerta dalla procedura di affidamento dell'accordo quadro per l'esecuzione «*dei lavori e delle prestazioni di conduzione, gestione e manutenzione ordinaria preventiva e programmata, nonché di manutenzione ordinaria non programmata "a chiamata", comprensiva del servizio di reperibilità e pronto intervento e presidio fisso manutentivo e per la sorveglianza degli impianti tecnologici*» degli uffici giudiziari siti nel Comune di Bari (bando pubblicato il 16 aprile 2014), da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso sull'elenco prezzi posto a gara, ex art. 82, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 163/2006. Ciò dopo essere stata individuata quale migliore offerente, grazie ad un ribasso del 61,610% sulla base d'asta (nella esclusione comunicata con nota del 21 luglio 2014 prot. n. 167855).
2. La successiva impugnativa veniva respinta dal TAR Puglia – sede di Bari, con la sentenza indicata in epigrafe, avverso la quale la società ricorrente in

primo grado ha dapprima proposto appello avverso il dispositivo e quindi motivi aggiunti ex art. 119, comma 6, cod. proc. amm.

3. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Bari e la controinteressata Ar.f.a. Tech s.r.l., dichiarata nelle more aggiudicataria definitiva (in virtù di un ribasso del 59,512%), con determinazione dell'11 febbraio 2015, n. di prot. 160/00305, separatamente impugnata dall'odierna appellante davanti al TAR Puglia.

DIRITTO

1. In via preliminare, deve essere formalmente respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello, sollevata dalle parti appellate in ragione dell'aggiudicazione definitiva sopravvenuta (eccezione sulla quale, peraltro, sia l'amministrazione resistente che la controinteressata non hanno insistito nei rispettivi scritti conclusionali). Come documentato dall'appellante in sede di trattazione dell'istanza di sospensione della sentenza, anche questo atto è stato impugnato (il giudizio è pendente davanti al TAR di Bari: r.g. n. 296/2015).

2. Nel merito, le censure della Edilelettra vertono sul giudizio di anomalia formulato dal Comune di Bari nei confronti della sua offerta.

Il giudizio in questione si basa sui seguenti presupposti:

- impossibilità di modulare le voci di costo dell'offerta ed in particolare di imputare i costi interni per la sicurezza alle spese generali, come invece dichiarato dall'impresa;

- possibile incremento dei costi di gestione del servizio conseguente alla necessità, anch'essa dichiarata dall'impresa in sede di giustificazioni fornite nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, di ricorrere al subappalto al fine di reperire maestranze in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dall'art. A.03 del capitolato d'oneri;

- incongruenza tra la qualificazione professionale dei lavoratori dichiarata dalla Edilelettra a giustificazione dei tempi di intervento per le attività di

manutenzione programmate e la prossimità del costo di lavoro dalla stessa indicato rispetto ai valori medi delle tabelle ministeriali;

- incongruente quantificazione dei tempi e costi di produzione degli interventi manutentivi in relazione al loro carattere ed alla dislocazione «*su un vasto territorio*» degli uffici presso i quali questi devono essere effettuati;

- incertezza su tempi relativi alle manutenzioni non programmate "a chiamata".

3. Tutto ciò premesso, il giudizio di anomalia formulato dall'amministrazione non regge alle censure ad esso rivolte nella presente impugnazione, per le seguenti ragioni:

I) con riguardo ai costi interni per la sicurezza, la commissione ha travisato le analisi, le giustificazioni ed i chiarimenti forniti dall'odierna appellante;

I.1) come emerso anche all'esito delle deduzioni formulate dall'odierna appellante nel presente giudizio, l'incidenza di tale voce, quantificata in sede di offerta nell'ammontare di € 8.500,00, è pari allo 0,685% del ribasso offerto, pur essendo stata indicata in sede di verifica dell'anomalia nello 0,00685%;

I.2) la circostanza è in particolare stata chiarita in sede di audizione orale ex art. 88, comma 4, cod. contratti pubblici ed è stata ribadita nel presente giudizio;

I.2.1) nella sede procedimentale, il rappresentante della Edilelettra ha anche specificato *ad abundantiam* che in ogni caso eventuali scostamenti rispetto a quanto esposto in sede di offerta avrebbero potuto essere compensati attraverso le spese generali, quantificate nel 17% del ribasso offerto;

I.3) come evidenzia l'appellante, la dichiarazione trae fondamento dall'art. 32, comma 4, del regolamento di attuazione di cui al d.p.r. n. 207/2010, il quale include nelle spese generali «*le spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*» (lett. "o");

I.3.1) pertanto, diversamente da quanto ritenuto dalla commissione giudicatrice e dal TAR, nel caso di specie non è possibile formulare alcuna

valutazione di inattendibilità dell'offerta sulla base di un'asserita arbitraria rimodulazione delle relative voci di costo;

I.4.) inoltre, fermo restando che tale dichiarazione costituisce una giustificazione ulteriore rispetto a quella dell'errore materiale, ampiamente chiarita dall'odierna appellante in sede di verifica dell'anomalia, ad ulteriore conforto di quanto ora precisato va evidenziato che un'applicazione così rigorosa del divieto di modifica delle voci di cui l'offerta si compone non trova riscontro nella giurisprudenza assolutamente prevalente di questo Consiglio di Stato;

I.4.1) innanzitutto, muovendo dal carattere non sanzionatorio del procedimento di verifica di anomalia, tale per cui questo non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta, ma si sostanzia in un accertamento se in concreto l'offerta sia attendibile ed affidabile nel suo complesso, si ritiene quindi legittima l'esclusione dalla gara soltanto all'esito di una valutazione di complessiva inadeguatezza (solo per citare le ultime pronunce: Sez. III, 11 febbraio 2015, n. 726, 14 dicembre 2012, n. 6442; Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963, 30 maggio 2013, n. 2956; Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 973, 15 aprile 2013, n. 2063);

I.4.2) in secondo luogo, si afferma che il giudizio di anomalia può essere fondato sull'inattendibilità di singole voci di costo dell'offerta che, tuttavia, per la loro importanza ed incidenza rendano l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità (Sez. V, 9 aprile 2015, n. 1813, 15 novembre 2012, n. 5703, 28 ottobre 2010, n. 7631);

I.4.3) in questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa d'appello ha ripetutamente affermato che, nell'ambito del contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia in base alle pertinenti disposizioni del codice dei contratti pubblici, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, ed in

particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e 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 (Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633, 23 luglio 2012, n. 4206; Sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982, 20 febbraio 2012, n. 875; Sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801, 21 maggio 2009, n. 3146);

I.4.4) questo collegio reputa di dovere dare continuità a tale indirizzo, il quale si fonda su un dato inoppugnabile, e cioè sul fatto che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia dell'offerta si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo conseguentemente impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto, ed essendo per contro sufficiente che questa si mostri ex ante ragionevole ed attendibile;

I.4.5) ed infatti, questo Consiglio di Stato ha anche definito il limite a questa modifica "interna" di voci di costo, precludendo la possibilità di rimodulare voci in assenza di qualsiasi plausibile spiegazione «*con un'operazione di finanza creativa priva di pezze d'appoggio, al solo scopo di 'far quadrare i conti' ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo*» (Sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676; in termini, Sez. V, 2 luglio 2012, n. 3850; Sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636);

I.4.6) tutto ciò precisato, nel caso di specie non si verte nell'ipotesi prevista dai precedenti da ultimo citati, perché, lungi dal denotare un'inattendibilità dell'offerta, il chiarimento fornito sul punto dal rappresentante dell'Edilelettra è assolutamente plausibile, tenuto conto, da un lato, della modesta incidenza degli oneri interni per la sicurezza (pari come visto allo 0,685% del ribasso) e, per contro, del considerevole ammontare delle spese generali, pari al 17% dell'offerta, mediamente superiore alle percentuali comunemente dichiarate in sede di appalto per questa voce di spesa [costituente il valore massimo

previsto dal citato art. 32 d.p.r. n. 207/2010, alla lettera b) del comma 2], e dunque certamente in grado di assorbire eventuali scostamenti di altri oneri aziendali dall'impatto molto meno rilevante;

I.4.7) al contrario, è palesemente difforme rispetto al carattere globale e sintetico del giudizio di anomalia sopra evidenziato l'esclusione per asserite incongruità di una voce di costo avente un'incidenza addirittura inferiore all'1% del ribasso offerto;

I.4.8) ancora sul punto, non conferente è al riguardo il richiamo che la controinteressata fa ai principi stabiliti dall'Adunanza plenaria in materia di oneri per la sicurezza aziendale (sentenza 20 marzo 2015, n. 3), dal momento che nel presente giudizio non si verte in un caso di omessa indicazione di tale voce, ma si controverte in ordine alla sua congruità, a fronte di una dichiarazione resa, ed all'attendibilità delle relative giustificazioni;

II) anche il secondo motivo che l'amministrazione ha addotto a sostegno dell'esclusione dell'odierna appellante dalla gara è insussistente;

II.1) come quest'ultima evidenzia, innanzitutto, le specializzazioni professionali previste dall'art. A.03 del capitolato d'oneri si differenziano dai requisiti di qualificazione necessari a partecipare alla procedura di gara, su cui non vi è contestazione, rilevando nella sola fase dei contratti attuativi dell'accordo quadro (come si evince chiaramente proprio dalla lettura della clausola del capitolato in esame: «*Gli appalti basati sul presente Accordo quadro sono stipulati tramite Contratti attuativi "a misura"* », di seguito prevedendosi appunto le qualificazioni professionali necessarie ad eseguire le singole categorie di lavorazioni a loro volta facenti parte delle tipologie di contratti attuativi previste);

II.1.1) ciò precisato, in sede di audizione orale (verbale n. 5 del 7 luglio 2014), la Edilelettra ha comunque dichiarato di essere in possesso, in a.t.i. con la De Cicco, delle specializzazioni professionali; in questa sede la commissione ha anche dato atto della produzione di certificazioni ed autodichiarazioni a

comprova di ciò e della dichiarazione del rappresentante della capogruppo secondo cui i titoli in questione «*sono comunque nella disponibilità dello stesso*»;

II.1.2) di seguito, il medesimo rappresentante ha fatto riferimento alla possibilità «*di avvalersi di sub appalto o sub affidamenti a soggetti idonei così come dichiarato in sede di gara*», configurandosi tale facoltà come giustificazione ulteriore rispetto al dichiarato possesso delle necessarie qualificazioni professionali;

II.2) per contro, l'incremento dei costi di gestione conseguenti alla necessità di reperire personale in possesso di tale qualificazione è meramente ipotizzato dalla commissione di gara, ma non risulta suffragato da alcuna stima concreta che dimostri l'inattendibilità del ribasso offerto, anche tenuto conto delle forme flessibili previste dalla legislazione lavoristica vigente attraverso cui è possibile reperire le necessarie professionalità, come evidenziato dall'odierna appellante;

II.2.1) in ogni caso, la previsione della commissione non è suffragata da alcun elemento obiettivo e verificabile;

III) nulla più che una congettura è anche il terzo presupposto su cui si fonda l'esclusione qui impugnata, e cioè l'inattendibilità del cronoprogramma degli interventi manutentivi; inattendibilità che la commissione ha ricavato dal valore del costo del lavoro emerso in sede di verifica dell'anomalia, prossimo ai valori medi risultanti dalle tabelle ministeriali, ed a suo avviso contrastante con la qualificazione professionale delle maestranze addette al servizio, grazie alla quale l'odierna appellante si ripromette di rispettare i tempi programmati;

III.1) in particolare, del tutto apodittico ed immotivato è il giudizio che la commissione ha formulato pur a fronte di un costo del lavoro in linea con i valori medi fissati nelle tabelle ministeriali e con la documentazione, fornita dall'odierna appellante in sede di sub-procedimento di verifica, comprovante il possesso in organico delle necessarie professionalità (certificazioni del competente ufficio provinciale del lavoro);

IV) considerazioni analoghe possono essere svolte con riguardo al giudizio di incongruità fondato sulla dislocazione territoriale degli uffici, considerato che non risultano dall'istruttoria esperita in sede di sub-procedimento di verifica elementi in grado di suffragare questa apodittica dichiarazione;

V) infine, manifestamente irragionevole è pretendere una certezza in ordine ai tempi di esecuzione di ciò che è ex ante incerto, e cioè gli interventi manutentivi non programmati e da svolgere "a chiamata".

4. L'appello e i motivi aggiunti devono essere pertanto accolti e, in riforma della sentenza di primo grado, deve quindi essere accolto il ricorso della Edilelettra ed annullati gli atti con esso impugnati.

5. Non possono essere accolte le domande di reintegrazione in forma specifica e/o risarcimento per equivalente, atteso che gli atti impugnati non sono quelli conclusivi della procedura di gara e questi sono oggetto della separata impugnativa proposta dall'odierna appellante e tuttora pendente davanti al TAR.

6. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello ed i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso colà proposto, annullando gli atti con esso impugnati.

Condanna il Comune di Bari e la Ar.f.a. Tech s.r.l., in solido tra loro, a rifondere alla Edilelettra di De Nicolò Donato & Figli s.r.l. le spese del doppio grado di giudizio, complessivamente liquidate in € 15.000,00, oltre al contributo unificato complessivamente versato ed agli altri accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2015

IL SEGRETARIO

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