I logo

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2023 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Valloggia Fratelli S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sebastiano Filippo Zaffarana, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Boschetti N. 6;

contro

Asm Vigevano e Lomellina S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Scarcello, Paolo Della Cagnoletta, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Milano, via San Vincenzo 12;

nei confronti

Le General Scavi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Rosario Scalise, Maria Paola Roullet, Luciano Salomoni, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Caradosso, 8;

per l'annullamento

- 1) quanto al ricorso principale:
- della determina n. 43 del 3.08.2017 dell'Amministratore Unico di ASM Vigevano e Lomellina S.p.a. di cui all'avviso sul profilo del committente in pari data, comunicata lo stesso giorno con nota pec del Responsabile Unico del Procedimento, con la quale, all'esito di procedura negoziata espletata con il criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016, l'appalto dei 'lavori per l'esecuzione di manutenzioni, allacciamenti, piccoli lavori sulle reti di fognatura e gli impianti fognari nei comuni gestiti da Asm Vigevano e Lomellina s.p.a. (gara 02/2017) (CIG 70.67.84.27B9) del valore posto a base d'asta di euro 820.000 oltre ad IVA (22 di cui euro 800.000,00 per importo lavori a base d'asta ed euro 20.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso d'asta, è stato definitivamente aggiudicato a LC General Scavi S.r.l. con un ribasso percentuale pari al 58,580 per l'importo corrispettivo contrattuale di netti euro 351.360,00 oltre IVA;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in data 23.06.2017;
- dei verbali ed atti comunque denominati inerenti l'espletato subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata da LC General Scavi S.r.l.;
- del provvedimento di cui alla nota del Responsabile Unico del Procedimento in data 01.09.2017 con la quale è stato opposto diniego all'istanza di accesso della ricorrente agli atti e alla documentazione di gara;

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni, nella forma della reintegrazione in forma specifica mediante scorrimento della graduatoria ed aggiudicazione a favore della ricorrente, previa, occorrendo, dichiarazione di inefficacia del contratto ove mai medio tempore stipulato con la controinteressata.

- 2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 5 novembre 2017:
- della Determina n°. 43 del 3.08.2017 suindicata;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in data 23.06.2017;
- dei verbali ed atti comunque denominati inerenti l'espletato subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata da LC General Scavi S.r.l.;
- del provvedimento di cui alla nota del Responsabile Unico del Procedimento in data 01.09.2017 con la quale è stato opposto diniego all'istanza di accesso della ricorrente agli atti e alla documentazione di gara;

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni, nella forma della reintegrazione in forma specifica mediante scorrimento della graduatoria ed aggiudicazione a favore della ricorrente, previa, occorrendo, dichiarazione di inefficacia del contratto ove mai medio tempore stipulato con la controinteressata.

con riserva di agire in separato giudizio a norma dell'art. 30 D.Lgs. n°. 104/2010 per il risarcimento dei danni per equivalente monetario.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asm Vigevano e Lomellina S.p.A. e di Lc General Scavi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2018 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, Valloggia Fratelli S.r.l. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Contestualmente chiede sia la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante, sia l'affidamento del rapporto contrattuale

Si costituiscono in giudizio Asm Vigevano e Lomellina S.p.A. e Lc General Scavi S.r.l., eccependo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza delle impugnazioni avversarie, di cui chiedono il rigetto.

Con ordinanza n. 1259/2017, depositata in data 28 settembre 2017, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare presentata dalla ricorrente.

Le parti depositano memorie e documenti.

All'udienza del 7 marzo 2018, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) Asm Vigevano e Lomellina S.p.A., in data 30.3.2017, avviavano un'indagine di mercato per l'indizione di una procedura negoziata, ex art. 36, comma 2 lett. c), del d.l.vo 50/2016, per lavori di manutenzione sugli impianti fognari nei Comuni gestiti dalla stessa; b) con lettera di invito, in data 11.05.2017, inoltrata alle concorrenti che avevano manifestato interesse, Asm avviava la procedura negoziata, per l'affidamento, con il criterio del massimo ribasso ex art. 95, comma 4 lett. a), del d.l.vo n. 50/2016, dell'appalto, remunerato a misura, di "lavori per l'esecuzione di manutenzioni, allacciamenti, piccoli lavori sulle reti di fognatura e gli impianti fognari nei comuni gestiti da Asm Vigevano e Lomellina s.p.a. (gara 02/2017)", con valore posto a base d'asta di € 820.000, oltre ad iva (22%), di cui € 800.000,00 per importo lavori a base d'asta ed € 20.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; c) in particolare, l'appalto aveva ad oggetto i lavori di manutenzione, elencati a pag. 2 dell'avviso di interesse, da svolgersi nei 19 Comuni gestiti da ASM Vigevano e Lomellina S.p.a.; l'avviso prevedeva che l'impresa appaltatrice dovesse possedere una dotazione minima di almeno: 1 due squadre operative composte da operaio specializzato/conduttore macchine operatrici, 1 operaio qualificato/autista, 1 operaio comune, oltre alla dotazione minima di alcuni macchinari; d) l'art.3 del capitolato speciale precisava che "Il contratto è stipulato "a misura". L'importo del contratto può variare, in aumento o in diminuzione, in base alle quantità effettivamente eseguite, fermi restando i limiti di cui all'art.106 del D. Lgs. n.50/2016 e le condizioni previste dal presente Capitolato Speciale. Il ribasso percentuale offerto dall'aggiudicatario in sede di gara si

intende offerto e applicato a tutti i prezzi unitari in elenco i quali, così ribassati, costituiscono i prezzi contrattuali da applicare alle singole quantità eseguite. I prezzi contrattuali sono vincolanti anche per la definizione, valutazione e contabilizzazione di eventuali varianti, addizioni o detrazioni in corso d'opera, qualora ammissibili ed ordinate o autorizzate ai sensi dell'articolo 106 del D.Lgs. n.50/2016; e) all'esito delle operazioni di apertura delle offerte economiche, svolte nella seduta pubblica del giorno 30.05.2017, miglior offerente risultava LC General Scavi S.r.l., con un ribasso del 58,580%, mentre la seconda in graduatoria era Valloggia Fratelli S.r.l. con un ribasso del 38,929% sul prezzo a base d'asta; f) il Rup, considerato che l'offerta di LC General Scavi poteva essere "potenzialmente anomala", attivava il subprocedimento di cui all'art. 97, comma 5, codice dei contratti; g) alla luce dei chiarimenti forniti, il RUP, ritenendo l'offerta nel suo complesso adeguata, il 23.06.2017 aggiudicava provvisoriamente l'appalto a LC General Scavi S.r.l., cui in data 3.8.2017 ASM assegnava in via definitiva l'appalto.

2) Il Tribunale osserva, innanzitutto, che la contestazione relativa alla domanda di accesso è divenuta priva di oggetto, poiché nel corso del giudizio l'amministrazione ha prodotto la documentazione cui si riferiva la pretesa ostensiva ed, in particolare, l'offerta dell'aggiudicataria, le richieste di verifica della congruità ed i riscontri dell'impresa.

La pretesa, quindi, deve ritenersi soddisfatta.

3) Con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, Valloggia F.lli S.r.l. articola più censure, da trattare congiuntamente perché strettamente connesse sul piano logico e giuridico, mediante le quali lamenta, in termini di violazione di legge e di eccesso di potere, l'irragionevolezza delle valutazioni espresse dalla stazione appaltante nel ritenere congrua l'offerta aggiudicataria, che sarebbe connotata da un ribasso abnorme e del tutto ingiustificato.

Le censure non possono essere condivise.

In generale, con riferimento ai principi che governano la valutazione congruità, il Tribunale evidenzia che, per consolidata giurisprudenza (cfr. di recente T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 63, che riprende un orientamento più volte ribadito dal Tribunale e condiviso dalla prevalente giurisprudenza) si tratta di un giudizio che non è diretto ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta (la c.d. "caccia all'errore"), ma mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta (tra le tante: Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565). Resta fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione - pena la violazione della par condicio tra i concorrenti – ma ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia, così come quella di congruità, la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme.

In ogni caso, se si contesta la congruità di un'offerta, ritenuta tale dalla stazione appaltante, occorre evidenziare, in relazione al particolare contenuto del contratto da affidare, quali sono le ragioni specifiche per cui l'offerta nel suo complesso sarebbe inattendibile (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770), nella consapevolezza che la giurisprudenza riconosce la legittimità anche di limitati aggiustamenti, sicché si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr., al riguardo, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Allo stesso modo la giurisprudenza ritiene coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di parità di trattamento e divieto di discriminazione una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo invariate, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o che consistano in originari e comprovati errori di calcolo o in altre ragioni plausibili.

E' anche pacificamente ammesso che l'impresa possa intervenire riducendo l'utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che importa è che l'offerta rimanga nel complesso seria (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; id., 23 luglio 2012, n. 4206; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676).

Con particolare riferimento al caso di specie, deve essere ribadito che la verifica di anomalia, da un lato, non integra una ricerca di singoli errori, dall'altro, non ha ad oggetto solo particolari voci di costo, essendo diretta a verificare l'attendibilità dell'offerta complessiva, sicché la presenza di singoli scostamenti non giustificati resta ininfluente, se non ne emerge l'incidenza rispetto all'offerta globalmente intesa.

Tale profilo di incidenza sull'offerta complessiva non è messo in luce dalla ricorrente con le censure in esame, che si risolvono nella contestazione di singoli costi, senza tenere conto delle peculiarità dell'appalto di cui si tratta, quanto a quantità e qualità delle prestazioni da eseguire e senza evidenziare l'effettiva capacità delle singole contestazioni di inficiare l'offerta nel suo insieme, nonostante il valore non irrisorio posto a base di gara.

Seppure il profilo ora indicato appaia in sé sufficiente a respingere le doglianze formulate, il Tribunale evidenzia, per completezza di esposizione, che le contestazioni riferite a singole voci di costo non palesano specifiche criticità dell'offerta aggiudicataria, non esaminate dalla stazione appaltante, trattandosi, di volta in volta, di valori in ordine ai quali la Commissione ha chiesto chiarimenti e giustificazioni, che hanno, in ultimo, evidenziato la coerenza del dato esposto.

In primo luogo, la ricorrente sostiene che costituisca un chiaro indice dell'inattendibilità dell'offerta aggiudicataria l'entità del ribasso offerto, ma tale impostazione non può essere condivisa.

E' evidente che la controinteressata ha offerto un ribasso "aggressivo", pari al 58,580%, ma ciò non esclude che la sua sostenibilità deve essere apprezzata tenendo conto non solo dell'astratto dato percentuale, ma della concreta consistenza delle prestazioni da eseguire e delle giustificazioni all'uopo fornite.

In tal senso, è significativo che l'aggiudicatario sia il gestore uscente e che il medesimo abbia, nel precedente affidamento, offerto un ribasso sostanzialmente equivalente a quello in contestazione, senza che - in base alle allegazioni delle parti resistenti non confutate dalla ricorrente - siano state sollevate contestazioni in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto o in relazione al corretto adempimento degli oneri contributivi e retributivi nei confronti dei dipendenti.

Non solo, è pacifico che l'appalto non presenta particolari difficoltà sul piano tecnico - esecutivo, tanto che la stazione appaltante ne ha previsto l'aggiudicazione al prezzo più basso e non secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma neppure tale dato oggettivo, rilevante ai fini della quantificazione, in termini previsionali, del monte ore e dei costi della manodopera, è stato tenuto in considerazione dalla ricorrente.

Invero, si tratta di un appalto a misura, avente ad oggetto "lavori per l'esecuzione di manutenzioni, allacciamenti, piccoli lavori sulle reti di fognatura e gli impianti fognari nei comuni gestiti da Asm Vigevano e Lomellina s.p.a." e l'art. 3 del Capitolato Speciale precisa che "l'importo del contratto può variare, in aumento o in diminuzione, in base alle quantità effettivamente eseguite, fermi restando i limiti di cui all'art.106 del D.Lgs. n.50/2016 e le condizioni previste dal presente capitolato speciale".

Insomma, l'affidamento concerne un contratto di appalto che in relazione ad un determinato arco di tempo, prevede l'esecuzione di lavorazioni che sono singolarmente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo, ma non nel loro numero, poiché la quantità delle prestazioni da eseguire dipende dalle esigenze che verranno in evidenza nell'arco temporale previsto contrattualmente.

L'art. 2 della lettera di invito e l'art. 1 del capitolato descrivono, infatti, la natura degli interventi e le loro modalità attuative, fermo restando che ogni intervento avverrà mediante chiamata da parte dei tecnici della stazione appaltante.

Ne consegue che ogni prestazione, in base agli atti di gara, si risolve in una serie di attività meramente esecutive, conseguenti ad un c.d. ordine di intervento della stazione appaltante e anche questo profilo deve essere tenuto presente in sede di apprezzamento della congruità o meno dell'offerta aggiudicataria, poiché non si tratta dell'esecuzione di un'opera prestabilita, sulla base di specifici progetti, ma di singoli interventi tipizzati e tuttavia non ancora esattamente definititi per quantità e qualità, trattandosi di profili dipendenti dalle esigenze che in concreto si manifesteranno in corso di esecuzione delle opere.

Sotto altro profilo, va evidenziato che, nel corso della verifica di congruità, l'aggiudicataria ha offerto elementi giustificativi, che non sono superati dalle deduzioni della ricorrente.

In particolare, LC General Scavi ha evidenziato che l'entità del ribasso offerto è giustificata: a)

dalla disponibilità di maestranze qualificate con esperienza esclusiva nel settore delle fognature e con conoscenza del territorio, in ragione dell'aggiudicazione in suo favore anche del precedente appalto avente ad oggetto le medesime prestazioni e relativo al medesimo ambito territoriale; b) dall'organizzazione aziendale, caratterizzata da un magazzino già attrezzato e rifornito dei principali materiali necessari, con disponibilità di mezzi ed attrezzature adeguate, in ottime condizioni e completamente ammortizzate; in particolare, l'azienda opera con l'ausilio di mezzi ed attrezzature di proprietà e

non oggetto di leasing o finanziamenti e tali elementi determinano una contrazione delle spese generali e, quindi, dei costi di gestione della commessa; c) dalla disponibilità di condizioni competitive con i fornitori per tubazioni, pozzetti e chiusini in ragione di appalti già conclusi con altri operatori del settore; l'aggiudicataria ha documentato di operare nel settore delle manutenzioni di cui si tratta con diverse stazioni appaltanti, fermo restando che le forniture concernono materiali quali inerti, tubazioni (di lunghezza massima di 3 – 5 metri), materiali di consumo, ossia materiali di modesta entità; d) dalla vicinanza delle aree in relazione alla sede operativa dell'impresa; e) dai bassissimi oneri finanziari, atteso che i mezzi minimi pretesi dalla disciplina di gara sono di proprietà dell'aggiudicataria.

Fermi restando i profili sinora evidenziati, si tratta di esaminare più in dettaglio la contestazione che la ricorrente muove in ordine ai costi esposti per la manodopera, ritenendoli del tutto inadeguati rispetto alle prestazioni da eseguire.

Sul punto, l'aggiudicataria ha dichiarato, a seguito dei chiarimenti richiesti da Asm circa i costi del personale, che "il prezzo offerto è comprensivo del costo del personale calcolato nel rispetto dei minimi salariali stabiliti dalla legge e dai Contratti nazionali di categoria".

Ora la ricorrente non contesta l'erronea determinazione dei livelli retributivi previsti per il personale da utilizzare nell'esecuzione del contratto, ma propone dei calcoli sulla tempistica di impiego della manodopera, che dovrebbero evidenziare l'inadeguatezza dell'offerta aggiudicataria.

Valloggia Fratelli srl calcola il costo della manodopera nella misura di Euro 242.127,00 (8991 ore x 26,93 Euro, quale prezzo medio). Tale

cifra poi viene detratta dall'offerta della LC (Euro 351.360,00) e, aggiungendo i costi della sicurezza, conclude ritenendo che l'importo residuo di Euro 89.233,00 non sia sufficiente a remunerare il costo dei materiali, dei noleggi e dei trasporti.

Si tratta di un *modus procedendi* fondato sull'apodittica quantificazione del monte ore necessario per l'esecuzione del contratto, che non risulta coerente con la natura e l'oggetto del contratto stesso, oltre che non contestualizzato in relazione alla realtà aziendale dell'aggiudicataria, anche in considerazione delle già ricordate giustificazioni che quest'ultima ha presentato in sede di gara.

In particolare, il monte ore della manodopera non può essere calcolato in maniera rigida come prospetta la ricorrente, poiché esso è in funzione delle specifiche richieste di intervento che saranno formulate da Asm.

Come coerentemente messo in luce dalla controinteressata, è significativo, in tal senso, il riferimento al costo del lavoro notturno e festivo, che in base al capitolato sarà remunerato in ragione degli interventi che verranno chiesti durante l'esecuzione del contratto, sicché, solo qualora siano chiesti molti interventi notturni o festivi, il costo orario aumenterà in misura notevole, erodendo il compenso complessivo previsto.

E ancora: si è già evidenziato che l'appalto in questione è a misura, sicché, da un lato, l'impresa aggiudicataria è compensata solo per le effettive prestazioni che saranno eseguite, dall'altro, il monte ore della manodopera può diminuire o aumentare, così come i costi per i materiali e i trasporti, in ragione delle necessità che via via si verificheranno.

Sempre in relazione al costo del personale e all'adeguatezza del monte ore considerato, occorre pure precisare che la dotazione richiesta all'art. 17.3 del capitolato (2 squadre operative) non può che essere intesa quale requisito minimo di partecipazione e di esecuzione del servizio; pertanto la previsione della *lex specialis* non comporta – come invece adombrato dalla ricorrente – che ogni intervento richiederà l'impiego di tale consistenza di manodopera, perché, in coerenza con la natura delle prestazioni da eseguire, si deve ritenere plausibile che taluni interventi possono richiedere l'impiego di una sola squadra o persino di un solo operaio.

Analoghe considerazioni valgono per i mezzi e le attrezzature cui si riferisce il capitolato, perché, ferma restando la disponibilità da parte dell'aggiudicataria della dotazione minima richiesta – e non contestata – i costi correlati all'uso dei mezzi dipendono dal loro effettivo impiego, in ragione della natura dell'intervento da eseguire.

La ricorrente neppure considera che le previsioni di costo espresse dall'aggiudicataria tengono conto della sua realtà aziendale, anche quanto ad ubicazione della sede e all'entità degli spostamenti da effettuare; in particolare, come messo in luce dalle parti resistenti, la sede dell'aggiudicataria è ubicata in un luogo favorevole rispetto all'area di esecuzione degli interventi e ciò limita le necessità di spostamento, con conseguente riduzione dei costi correlati al trasporto.

Il complesso degli elementi sinora considerati evidenzia che le censure volte a contestare la congruità dell'offerta aggiudicataria, specie con riferimento al costo della manodopera, da un lato, non sono contestualizzate rispetto al contenuto concreto dell'appalto a misura di cui si tratta, dall'altro, non tengono conto delle

giustificazioni fornite dall'aggiudicataria in sede di gara e correlate alla sua specifica organizzazione aziendale, infine, non palesano l'effettiva incidenza di eventuali e singole incongruenza sull'affidabilità dell'offerta complessiva in dipendenza della peculiarità, quantitativa e qualitativa, delle prestazioni da eseguire.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle censure in esame.

4) In definitiva, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidandole in euro 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge, da dividere, in ragione della metà, tra le parti costituite. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE Fabrizio Fornataro IL PRESIDENTE Angelo De Zotti

IL SEGRETARIO