



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 538 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

E.sy.u. S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.t.i. con: So.ge.ed. S.r.l. in proprio e quale mandante; Schiavone Giovanni in proprio e quale mandante; Ciaglia Costruzioni S.r.l. in proprio e quale mandante; tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dall'avv. Rocco De Bonis, con domicilio eletto presso il suo studio in Potenza, alla via N. Sauro, 102;

contro

Provincia di Potenza, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Emanuela Luglio, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale della Provincia di Potenza, p. zza delle Regioni;

nei confronti di

Bulfaro S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Gaetano Di Martino, Roberto Giuseppe Di Martino, con domicilio

eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Potenza, alla via Rosica, 89;

per l'annullamento

- della nota 3 novembre 2009 con cui il dirigente dell'ufficio appalti della Provincia di Potenza ha comunicato all' A.T.I. Esyu Srl l'avvenuta esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta;

- della determinazione n. 3518 del 28/10/2009 di aggiudicazione provvisoria della gara di appalto per i lavori di riqualificazione e messa in sicurezza della strada di fondovalle del torrente "Fiumarella di Armento";

nonché con ricorso per motivi aggiunti, per l'annullamento:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara disposto dalla Provincia di Potenza con determinazione dirigenziale 20 gennaio 2010, n. 119;

Visti il ricorso principale, il ricorso per motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Ditta Bulfaro S.p.a.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Potenza e della Bulfaro Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2010 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Considerato in punto di fatto che:

- la provincia di Potenza con determinazione 27 gennaio 2009, n. 215,

approvava il bando di gara per l'affidamento dei lavori di riqualificazione e messa in sicurezza della strada di fondovalle del torrente "Fiumarella di Armento", stabilendo quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari a norma dell'art. 82, comma 2, lett. b) del d. lgs n. 163 del 2006 per un importo a base d'asta di € 5.257.440, 57;

-le ditte ricorrenti partecipavano alla gara come costituendo raggruppamento classificandosi al primo posto con un ribasso offerto pari al 49,455%; tale offerta era sottoposta a verifica di anomalia, all'esito della quale il costituendo raggruppamento era escluso dalla procedura di gara per anomalia e incongruità dell'offerta con determinazione del responsabile dell'ufficio appalti della Provincia di Potenza 3 novembre 2009, n. 39594, ritenendo inammissibili le giustificazioni fornite dal raggruppamento nel procedimento di verifica dell'anomalia, poiché si erano risolte in una riformulazione delle singole voci di prezzo indicate nell'offerta, determinando una modifica sostanziale dell'offerta nella sua originaria composizione, il che, in un sistema di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso rispetto a quello posto a base di gara, determinato mediante offerta a prezzi unitari, ha fatto ritenere inattendibile l'offerta del costituendo raggruppamento;

-con ricorso notificato in data 9 dicembre 2009 e depositato in data 10 dicembre 2009 le imprese del costituendo raggruppamento hanno impugnato sia il provvedimento di esclusione adottato in data 3 novembre 2009 sia il provvedimento 28 ottobre 2009, n. 3518, con il quale era disposta l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della Bulfaro s.p.a., che aveva offerto un ribasso pari al 48, 567;

- la Bulfaro s.p.a. con ricorso incidentale notificato in data 4 gennaio 2010, depositato in data 7 gennaio 2010 ha dedotto l'illegittimità degli atti di gara ed in particolare del verbale 17 marzo 2009, n. 29776, nella parte in cui non

aveva disposto l'esclusione del raggruppamento ricorrente;

- con ordinanza TAR Basilicata 14 gennaio 2010, n.21, la domanda cautelare è stata respinta;

- con determinazione dirigenziale 20 gennaio 2010, n. 1149, il dirigente del settore patrimonio della Provincia di Potenza disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore della Bulfaro s.p.a.;

- la determina avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva è stata depositata in data 12 marzo 2010 nel giudizio di appello avverso l'ordinanza TAR Basilicata n. 21/2010, all'esito del quale il Consiglio di Stato, con ordinanza collegiale 17 marzo 2010, n. 1249, ha accolto la domanda cautelare, limitatamente al "differimento della consegna dei lavori";

- con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 9 luglio 2010 e depositato in data 14 luglio 2010 la E.SY.U. s.r.l., la SO.GE.ED. s.r.l., Schiavone Giovanni e Ciaglia Costruzioni s.r.l. hanno impugnato l'aggiudicazione definitiva;

- la Bulfaro s.p.a. e la Provincia eccepiscono l'improcedibilità del ricorso principale per mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva conosciuta in data 12 marzo 2010;

-di contro le ricorrenti affermano che non è configurabile in capo alle parti alcuna ipotesi di presunzione di piena conoscenza di atti depositati in giudizio e non diversamente conosciuti o comunicati, quali l'aggiudicazione definitiva che a norma dell'art. 79 del d.lgs n. 163 del 2006 era soggetta a comunicazione individuale obbligatoria.

2.- All'udienza pubblica del 23 settembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- Con un unico motivo di ricorso, riprodotto testualmente nel ricorso per

motivi aggiunti, le ricorrenti deducono l'illegittimità della loro esclusione disposta a causa della modifica, nel sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, dei costi indicati nelle giustificazioni preventive; la rimodulazione dei prezzi ovvero delle voci di costo sarebbe, a loro avviso, ammessa dall'art. 88 del d.lgs n. 163 del 2006, fermo restando l'invariabilità del prezzo finale offerto, sicché l'ente appaltante avrebbe dovuto limitarsi a contestare la congruità delle nuove giustificazioni fornite.

2.- Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso per motivi aggiunti e della eccezione strettamente connessa e consequenziale di improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse, attesa la infondatezza del ricorso nel merito.

2.1.- Occorre preliminarmente circoscrivere i limiti della cognizione di questo giudice alla luce della consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, che qualifica le valutazioni compiute dall'ente appaltante in sede di riscontro delle anomalie delle offerte come espressione di un potere tecnico discrezionale sindacabile in sede giurisdizionale soltanto ove emergano in modo indubitabile: la manifesta illogicità, irrazionalità e la grave insufficienza della motivazione; macroscopici errori di fatto e l'inattendibilità delle valutazioni tecniche operate. Il giudice amministrativo, quindi, nel sindacare le valutazioni espresse dall'amministrazione appaltante non può sostituirsi all'amministrazione effettuando un autonomo giudizio di congruità, ma si limiterà ad un sindacato solo estrinseco, controllando la logicità dell'iter motivazionale del provvedimento di esclusione alla luce delle giustificazioni fornite dall'impresa nel sub procedimento di verifica dell'anomalia (cfr. ex multis: Consiglio Stato, sez. V, 07 ottobre 2008, n. 4847; Cons. Stato, IV, 20 maggio 2008, n. 2348; Cons. Stato, IV, 5 agosto 2005, n. 4196).

2.2.- Ciò premesso, ritiene il Collegio che sia possibile sindacare la legittimità del giudizio dell'amministrazione alla luce della finalità perseguita dalle norme che disciplinano la verifica in contraddittorio delle offerte che appaiono anormalmente basse (articoli 87 e 88 del d.lgs n. 163 del 2006): evitare che l'amministrazione sia esposta al rischio di un inesatto, parziale e tardivo adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto da stipulare, attraverso una valutazione, frutto di attività tecnico discrezionale, tesa al controllo, in contraddittorio con l'interessato, che le offerte che appaiono troppo basse rispetto alla tipologia e all'entità delle prestazioni richieste dal bando, non siano frutto di scarsa serietà dell'offerente, indotto, pur di aggiudicarsi l'appalto, ad indicare condizioni molto vantaggiose per l'amministrazione, non corrispondenti, però, alle reali condizioni di mercato, alle effettive capacità economiche, finanziarie e organizzative dell'impresa; nella sostanza, tale verifica mira ad evitare che la percentuale del ribasso offerto non sia il frutto di una scelta del tutto casuale e/o di una artificiosa indicazione degli elementi di costo la compongono.

Le ricorrenti a supporto della asserita illegittimità dell'operato dell'amministrazione richiamano la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato: sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; sez. VI 20 aprile 2009, n. 2384; sez. V, 13 febbraio 2009, n. 826) che, in tema di contraddittorio per la verifica dell'anomalia dell'offerta, ha stabilito, tra i criteri ai quali deve ispirarsi tale sub procedimento: a) l'assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni; b) l'immodificabilità dell'offerta economica nell'importo complessivo; c) l'ammissibilità di compensazioni tra sottostime e sovrastime per alcune voci di costo, purchè l'offerta risulti nel suo complesso affidabile e fornisca garanzia di una seria esecuzione del contratto. Tale orientamento distingue, inoltre, tra immodificabilità dell'offerta e "parametri dimostrativi in

ordine alla affidabilità e remuneratività dell'offerta, che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale, andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di mano d'opera, legislazione fiscale e previdenziale, ecc.)” (Cons. Stato: sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit., che richiama Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 8028).

La giurisprudenza richiamata è stata di recente chiarita dalla VI sez. del Consiglio di Stato, con la decisione 15 giugno 2010, n.3759, la quale ha specificato che non si può consentire che in sede di giustificazioni vengano rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, al solo scopo di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e di superare i rilievi della stazione appaltante. Tale decisione ribadisce che non sussiste una generalizzata possibilità di aggiustare *ad libitum* le voci di costo, in quanto ciò minerebbe la stessa serietà dell'offerta, dettando ciò che può essere legittimamente consentito in sede di contraddittorio per la verifica dell'anomalia dell'offerta, vale a dire:

- a) una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate;
- b) un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi ancoraggio in una delle seguenti condizioni: 1) in sopravvenienze di fatto o in sopravvenienze normative; 2) in originari e comprovati errori di calcolo; 3) in altre ragioni plausibili.

Invero, nella fattispecie, la richiamata giurisprudenza avvalorava la legittimità dell'operato della stazione appaltante. Le motivazioni addotte dall'amministrazione a fondamento della valutazione di anomalia non

risultano inficiate da erronea valutazione dei presupposti né da motivazione insufficiente, in quanto non si appuntano sulla incongruità del prezzo finale offerto, ma risiedono nella circostanza che in sede di giustificazioni siano stati modificati i prezzi unitari offerti e quindi la composizione originaria dell'offerta, ritenuta immodificabile, tanto più quando, come nella fattispecie, il bando di gara prevedeva come criterio di aggiudicazione quello del massimo ribasso, mediante offerta a prezzi unitari; sono questi i presupposti che fondano il giudizio di incongruità dell'offerta, giudicata inattendibile e pertanto anomala dalla stazione appaltante. Né tale giudizio risulta in contrasto con gli articoli 86, 87, 88 e 89 del d.lgs n. 163 del 2006 e con principi affermati dalla giurisprudenza in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta, poiché il giudizio di anomalia non è fondato sulla inammissibilità delle giustificazioni integrative o sulla limatura di alcune voci di costo (operazioni consentite, purché l'offerta globale resti immutata), ma sulla contestazione della variazione dei prezzi unitari offerti in sede di gara con l'effetto di determinare una vera e propria modifica dell'offerta originaria nella sua complessiva composizione.

La Provincia aveva, infatti, adottato nel bando di gara, come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, mediante offerta a prezzi unitari a norma dell'art. 82, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 163 del 2006, ritenendo quindi come elemento fondamentale dell'offerta la quantificazione unitaria del prezzo. Il principio dell'immodificabilità dei prezzi unitari è confermato dall'art. 90, comma 7, del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, che ne consente la rettifica esclusivamente per errori di calcolo. D'altra parte consentire in sede di sub procedimento di verifica dell'anomalia una modifica dei prezzi unitari, in modo da permettere all'offerente di riparametrarli in funzione del prezzo complessivo offerto e quindi della percentuale di ribasso, oltre a determinare

la violazione del principio di *par condicio* tra concorrenti, priverebbe di ogni rilievo i prezzi unitari, conducendo, nella sostanza, all'assunzione di prezzi contrattuali del tutto svincolati dai valori di mercato. Ed ancora, anche sotto un profilo logico sistematico ne deriverebbe la frustrazione delle fondamentali esigenze di economia procedimentale, di trasparenza e di concorrenzialità, nonché dell'interesse dell'amministrazione, tenuta a non aggiudicare l'appalto ad un soggetto la cui offerta sia affetta da intrinseca inaffidabilità, messa palesemente in luce dalla erronea indicazione dei prezzi unitari offerti.

Dalla modifica dei prezzi unitari e quindi dalla modifica dell'offerta nella sua composizione, circostanza non contestata dalle ricorrenti, la stazione appaltante fa quindi discendere l'inattendibilità e la mancanza di serietà dell'offerta. Il percorso motivazionale seguito dalla stazione appaltante al fine della valutazione di anomalia, a parere di questo Collegio, non è affetto da alcuna spia che ne palesi il difetto di presupposti, la carenza di istruttoria e di motivazione. Al contrario l'amministrazione ha dimostrato di avere piena contezza della giurisprudenza amministrativa in tema di giustificazioni ammissibili nel sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, avuto riguardo, in particolare, al limite invalicabile della immodificabilità dell'offerta e dei prezzi unitari (in particolare l'operato dell'ente appaltante è in linea con la pronuncia del Cons. Stato sez. IV , 19 giugno 2006, n. 3657, la quale ha stabilito espressamente la immodificabilità dei prezzi unitari).

Del tutto prive di pregio sono le considerazioni delle ricorrenti in ordine alla irrilevanza della modifica dei prezzi, allorquando l'offerta globale resti immutata, atteso ch  la vera ratio del meccanismo di verifica dell'offerta anomala risiede sulla piena affidabilit  e seriet  della proposta contrattuale, che non sussiste in capo a quell'offerta con riferimento alla quale, come nel

caso di specie, in sede di giustificazioni, siano stati modificati i prezzi unitari e si registri una postuma trasmigrazione dei costi da una voce all'altra. Tale principio è stato già affermato dalla sez. V del Consiglio di Stato con decisione 12 marzo 2009, n. 1451, la quale, peraltro, fornisce un'ulteriore conferma della legittimità della valutazione operata dalla stazione appaltante, laddove afferma che: “il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire *in itinere* ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile. Non a caso, il vigente quadro normativo di riferimento stabilisce che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione (art. 86, quinto comma, codice dei contratti pubblici). Da ciò si ricava, in generale e nello specifico, l'inaccettabilità di quelle giustificazioni che risultino tardivamente dirette (nel tentativo di far apparire seria un'offerta che viceversa non è stata adeguatamente meditata) ad un'allocatione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata. Si vuol dire che se, come avviene nella specie, una quota di costo è stata indicata a titolo di spese generali, quella voce non può poi essere invocata, nel corso del subprocedimento di giustificazione, per coprire costi diversi...”.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte ed in considerazione delle limitazioni di sindacato del giudice amministrativo su una valutazione espressione di discrezionalità tecnica, che esclude che in tale sede possa effettuarsi nuovamente un giudizio di anomalia dell'offerta, poiché nel corso del giudizio non sono emersi *per tabulas e ictu oculi* specifici elementi, tali da far ritenere palesemente incongrue le conclusioni raggiunte dall'amministrazione, il ricorso deve essere respinto.

3.- All'infondatezza del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti, il

quale ripropone testualmente le doglianze formulate con il primo gravame, consegue la improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla Bulfaro s.p.a. per sopravvenuta carenza d'interesse.

4.- In ragione delle difficoltà interpretative connesse alla questione trattata, sussistono gravi ed eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite, tranne le spese per il contributo unificato che restano a carico dei ricorrenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando, così statuisce:

- a) rigetta sia il ricorso principale sia il ricorso per motivi aggiunti;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO