

**N. 02960/2010 REG.SEN.  
N. 00590/2010 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 590/2010, proposto da Guzzi Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Francesco Bevilacqua, con i quali è elettivamente domiciliata in Catanzaro, via E. Borelli 6, presso lo studio dell'avv. Antonio Tassoni;

***contro***

l'Amministrazione Provinciale di Catanzaro, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Chiarella, Federica Pallone e Pietro Oliverio e domiciliata in Catanzaro,, Piazza Rossi;

***nei confronti di***

Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliato in Catanzaro, via, Vittorio Veneto n. 48, presso lo studio dell'avv.

Demetrio Verbaro;

*per l'annullamento*

- della determinazione dirigenziale n. 1679 del 10 marzo 2010 del Dirigente del Settore Lavori Pubblici Gestione Amministrativa dell'Amministrazione Provinciale di Catanzaro, con la quale si è proceduto all'aggiudicazione definitiva dei lavori di costruzione 3° Liceo Scientifico di Catanzaro località Siano al Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa;
- dei verbali del 27 gennaio 2010 di contraddittorio sulle giustificazioni dell'offerta della Guzzi Costruzioni s.r.l.;
- del verbale del 5 febbraio 2010 di valutazione negativa dell'offerta della Guzzi Costruzioni s.r.l.;
- del verbale del 16 febbraio 2010 di valutazione positiva dell'offerta anomala del Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa;
- del verbale del 26 febbraio 2010 di aggiudicazione provvisoria della gara medesima;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

e per la condanna

dell'Amministrazione Provinciale di Catanzaro al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'adozione dei provvedimenti impugnati, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione

Provinciale di Catanzaro e del Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa;

Vista l'ordinanza n. 471 del 21 giugno 2010, con la quale è stata accolta l'istanza cautelare proposta da parte ricorrente;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 19 novembre 2010 il Cons. Giovanni Iannini ed uditi, altresì, i difensori delle parti, come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO

Con ricorso ritualmente notificato, depositato nella Segreteria del Tribunale il 19 maggio 2010, la Guzzi Costruzioni S.r.l. ha premesso di avere partecipato alla procedura aperta per la scelta del contraente cui affidare l'esecuzione dell'appalto per la costruzione del terzo Liceo scientifico di Catanzaro, indetta dall'Amministrazione Provinciale di Catanzaro, da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso. Ha aggiunto di avere presentato l'offerta più bassa, con un ribasso pari al 39,777%, a fronte di un ribasso del 36,113% del concorrente secondo classificato, il Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa.

La ricorrente ha lamentato, quindi, di essere stata esclusa in quanto la commissione all'uopo nominata dalla Stazione appaltante ha ritenuto anomala l'offerta da essa presentata, come da verbale del 5 febbraio

2010, mentre ha ritenuto congrua l'offerta dell'odierna controinteressata (verbale del 16 febbraio 2010).

La Guzzi Costruzioni ha, quindi, impugnato la determinazione dirigenziale n. 1679 del 10 marzo 2010 del Dirigente del Settore Lavori Pubblici Gestione Amministrativa dell'Amministrazione Provinciale di Catanzaro di aggiudicazione definitiva dell'appalto al Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa. Ha impugnato, altresì, i verbali del 27 gennaio 2010 di contraddittorio sulle giustificazioni dell'offerta della Guzzi Costruzioni s.r.l., il verbale del 5 febbraio 2010 di valutazione negativa dell'offerta della stessa impresa, il verbale del 16 febbraio 2010 di valutazione positiva dell'offerta anomala del Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa ed i verbale del 26 febbraio 2010 di aggiudicazione provvisoria in favore di esso.

A fondamento del gravame la ricorrente ha dedotto la violazione di norme e principi di diritto che sovrintendono allo svolgimento delle gare relative agli appalti pubblici, con particolare riferimento agli artt. 86, 87, 88 e 89, del d.lgs. 163/06, eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto o insufficienza, incongruità, illogicità della motivazione, manifesta illogicità, disparità di trattamento, sviamento.

La Commissione nominata dalla Stazione appaltante avrebbe proceduto alla verifica delle giustificazioni sull'offerta della Guzzi contemporaneamente alla verifica di quelle sull'offerta della CCC e ciò in violazione del disposto dell'art. 88, comma 7, del d.lgs.

163/2006.

La Commissione avrebbe disatteso i due principi di base che devono sovrintendere al subprocedimento di verifica dell'anomalia delle offerte: quello dell'affidabilità dell'offerta considerata nella sua interezza e quello della ragionevolezza, fondatezza e rigosità delle valutazioni negative dell'Amministrazione.

Le contestazioni della commissione, ha sottolineato la ricorrente, riguardano undici anomalie a carattere particolare e quattro anomalie a carattere generale a fronte di un progetto che prevede 478 voci di elenco prezzi.

La ricorrente ha, quindi, dedotto l'infondatezza dei rilievi della commissione con specifico riferimento alle voci concernenti la manodopera, i prezzi dei materiali e l'intonaco premiscelato.

Il Consorzio aggiudicatario avrebbe omesso di fornire giustificazioni riguardo ad alcune voci sulla base dell'affermata intenzione di ricorrere ai subappalti, senza alcuna contestazione o richiesta della Commissione, con totale disparità di trattamento rispetto ai criteri ed al metro valutativo utilizzato per l'impresa Guzzi.

La ricorrente ha concluso richiedendo che, previo annullamento dei provvedimenti impugnati, siano dichiarate congrue le giustificazioni dell'offerta avanzata dall'Impresa Guzzi e, per l'effetto, sia disposta l'aggiudicazione della gara in favore della stessa impresa.

In via subordinata ed in ipotesi di avvenuta stipula del contratto la stessa ha richiesto che, previo annullamento dei provvedimenti impugnati, sia dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore

stipulato, con aggiudicataria dell'appalto all'impresa ricorrente.

Sempre in via subordinata, nel caso di cui all'art. 245 *bis*, comma 4, del d.lgs. 163/2006 la ricorrente ha chiesto che sia accertata l'illegittimità del comportamento della Stazione appaltante e siano applicate a quest'ultima le sanzioni alternative e/o cumulative di cui all'art. 245 *quater* del d.lgs. 163 cit., con conseguenziale condanna dell'Amministrazione al risarcimento di ogni danno, con riserva espressa di quantificazione.

In via assolutamente gradata, infine, la ricorrente ha chiesto che sia accertata l'illegittimità del comportamento della Stazione appaltante e che essa sia condannata al risarcimento del danno per equivalente ex art. 245 *quinquies*, comma 1, secondo periodo, d.lgs. 163 cit., da computarsi in ragione del 10% del valore dell'appalto e/o nella maggiore o minore misura che sarà ritenuta di giustizia, oltre alla rifusione di tutte le spese di partecipazione alla gara, da quantificare in via forfetaria nell'importo di € 3.000,00.

Si è costituita l'Amministrazione Provinciale di Catanzaro, la quale, premesso che il contratto non è stato stipulato, ha dedotto l'infondatezza delle argomentazione avversarie riguardo alla valutazione della congruità delle offerte ed ha messo in risalto l'insindacabilità in sede giurisdizionale delle valutazioni dell'Amministrazione. Ha, inoltre, richiamato gli orientamenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici sulla possibilità di verifica contestuale della congruità delle offerte.

L'Amministrazione ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

Si è costituito, altresì, il Consorzio aggiudicatario, rilevando la completezza delle motivazioni alla base delle verifiche di congruità effettuate dalla commissione all'uopo nominata e l'inammissibilità del motivo relativo all'effettuazione contestuale delle verifiche di congruità, che non potrebbe ledere la concorrente prima classificata.

Con ordinanza n. 471 del 21 giugno 2010 è stata accolta l'istanza cautelare proposta da parte ricorrente.

Le parti hanno prodotto memorie.

Alla pubblica udienza del 19 novembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

#### DIRITTO

1. La Guzzi Costruzioni S.r.l. ha partecipato ad una procedura aperta indetta dall'Amministrazione Provinciale di Catanzaro per l'aggiudicazione, con il criterio del massimo ribasso, dell'appalto per la costruzione del terzo Liceo scientifico di Catanzaro.

In esito al procedimento l'offerta della Guzzi Costruzioni è risultata la più bassa, contemplando un ribasso del 39,777%.

L'offerta del concorrente secondo classificato, il Consorzio Cooperative Costruzioni CCC società cooperativa, ha previsto un ribasso del 36,113%.

I ribassi contemplati dalle offerte sono risultati superiori alla soglia di anomalia, individuata nella misura del 29,410%. Si è dato corso, pertanto, al procedimento di verifica di congruità di cui all'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006.

I diversi passaggi sono descritti nei verbali n. 1 (analisi offerta Guzzi

Costruzioni) e n. 2 (analisi offerta Consorzio Cooperative Costruzioni), in data, rispettivamente, 5 febbraio 2010 e 16 febbraio 2010.

Dall'esame di essi si evince, innanzi tutto, che il RUP, con note 92142 e 92131 del 13 ottobre 2009, ha chiesto, rispettivamente, alla Guzzi Costruzioni ed al CCC, integrazioni alle giustificazioni preliminari allegare alle offerte.

Le giustificazioni di entrambi i concorrenti sono state acquisite il 23 ottobre 2009.

In data 4 novembre 2009 è stata costituita la Commissione per la valutazione delle offerte.

Con note del 28 e 29 dicembre 2009 sono state chieste ulteriori giustificazioni all'impresa Guzzi Costruzioni, che le ha fatte pervenire in data 11 gennaio 2010. La stessa impresa è stata convocata per il 21 gennaio 2010 per il contraddittorio di cui all'art. 88, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006.

In esito alla valutazione, sono state rilevate 11 anomalie a carattere particolare - inerenti ad elementi quali, tra gli altri, tinteggiature, serramenti, impianto elettrico a punto luce, intonaco civile per interni - e 4 anomalie a carattere generale, concernenti caratteristiche delle giustificazioni, mancanza di riferimenti giustificativi della stima dei costi di materiali, noli e manodopera, l'incidenza di noli e trasporti, mancata conferma dei preventivi per tutta la durata dell'appalto.

Ritenuta anomala l'offerta della Guzzi Costruzioni, la Commissione, con nota del 2 febbraio 2010, ha chiesto ulteriori giustificazioni al

concorrente secondo classificato, vale a dire al Consorzio Cooperative Costruzioni, specificando le lacune e le manchevolezze delle precedenti giustificazioni, fornite in data 23 ottobre 2009.

La Commissione, infatti, ha rilevato che, con le precedenti giustificazioni, il Consorzio ha fornito una ricostruzione del costo complessivo dell'appalto, mediante giustificazione di tutti i prezzi, con schede di analisi del prezzo e la ricostruzione del costo dell'opera su quadro generale, mettendo anche in evidenza che grossa parte del ribasso è assorbita dalla compressione dei costi generali al 5% e dal contenimento dell'utile voluto al 3%.

La stessa Commissione ha, tuttavia, ritenuto di dover richiedere ulteriori giustificazioni riguardo all'incidenza degli eventuali subappalti sugli importi delle categorie poste a base di gara ed in ordine alle modalità di approvvigionamento del calcestruzzo in cantiere ed all'analisi dei prezzi per la realizzazione del calcestruzzo.

Le ulteriori giustificazioni sono state acquisite in data 10 febbraio 2010.

Riguardo a tali ulteriori giustificazioni la Commissione ha preso atto che l'impresa ha relazionato circa la volontà/possibilità di subappaltare tutte le lavorazioni specialistiche che vengono coperte dai relativi allegati (come il 30% della categoria prevalente). Ha, inoltre, sottolineato che l'impresa ha fornito ampia documentazione circa l'impianto di calcestruzzi che intende noleggiare, giustificando i prezzi e le quantità dei materiali da utilizzare.

La Commissione, richiamati una serie di argomenti, tra i quali la scelta

imprenditoriale di acquisire un utile di impresa del 3% e la dimostrazione della possibilità di contenere le spese generali al 5%, ha valutato globalmente congrua e tale da garantire la corretta esecuzione dei lavori.

La Commissione di gara, preso atto delle valutazioni effettuate della Commissione che ha proceduto alla verifica di congruità, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore del Consorzio Cooperative Costruzioni, come da verbale del 26 febbraio 2010.

Con provvedimento del 10 marzo 2010 il dirigente del Settore Lavori Pubblici ha approvato gli atti del procedimento ed ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio in questione.

2. L'impresa Guzzi Costruzioni ha impugnato la determina dirigenziale ora menzionata e gli altri atti sopra richiamati.

Con un primo ordine di censure la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 88, settimo comma, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la Commissione incaricata della valutazione di congruità avrebbe proceduto alla verifica delle giustificazioni sull'offerta della Guzzi contemporaneamente alla verifica di quelle sull'offerta del CCC.

In particolare, risulterebbe dal verbale n. 2 del 16 febbraio 2010 che la Commissione ha proceduto alla verifica delle giustificazioni relative all'offerta del Consorzio aggiudicatario durante l'effettuazione di analoga verifica relativa alle giustificazioni dell'impresa Guzzi Costruzioni.

Secondo il Consorzio controinteressato la censura sarebbe inammissibile per difetto di interesse, in quanto solo il secondo

classificato, quindi il Consorzio stesso, potrebbe dolersi della decisione di effettuare in contemporanea le verifiche, in quanto la ricorrente, quale prima classificata, non avrebbe potuto, comunque, sfuggire ad essa.

L'eccezione è infondata.

È evidente, infatti, che la ricorrente non si duole del fatto, in sé considerato, della sottoposizione a verifica dell'offerta seconda classificata, quanto del fatto che la verifica della propria offerta sia stata effettuata, almeno in parte, in parallelo alla verifica dell'altra offerta considerata.

Si tratta di circostanza niente affatto indifferente anche per la prima classificata, così come per le altre imprese successivamente graduate, atteso che tale modalità di verifica può incidere sul contenuto delle valutazioni di competenza della Stazione appaltante, che viene a trovarsi nella possibilità di effettuare una valutazione di tipo comparativo o, comunque, di tenere conto delle diverse giustificazioni in ordine alle stesse voci di costo.

Ciò è tanto vero che il legislatore ha di recente inciso nella materia, modificando, come si dirà di qui a poco, il testo del settimo comma dell'art. 88 del d.lgs. 163/2006 e ponendo un limite alla possibilità di verifica contemporanea di più offerte.

3. Ciò premesso, deve rilevarsi la fondatezza della censura.

Si è accennato alla modifica di recente introdotta al testo del settimo comma dell'art. 88 in discorso.

La norma risulta oggi formulata nei seguenti termini: “*La stazione*

*appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala'.*

La norma, in sostanza, contempla due modi alternativi per procedere alla verifica di congruità.

È previsto, innanzi tutto, un procedimento di verifica che parte dalla prima migliore offerta e può procedere progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte solo nel caso in cui la prima ed, eventualmente, le successive risultino anormalmente basse.

In alternativa, è ammessa la verifica contemporanea di anomalia delle migliori offerte, ma ciò esclusivamente nel caso in cui la stazione appaltante si sia riservata tale possibilità nel bando o nella lettera di invito.

Va rilevato che, nel caso di specie, è pacifico che la Stazione appaltante non si fosse riservata tale facoltà nel bando di gara.

Ciò premesso, va richiamato quanto sopra specificato riguardo al

concreto svolgimento del procedimento di verifica e, segnatamente, il fatto che il RUP, con note 92142 e 92131 del 13 ottobre 2009, ha chiesto, rispettivamente, alla Guzzi Costruzioni ed al CCC, integrazioni alle giustificazioni preliminari allegate alle offerte e che le giustificazioni di entrambi i concorrenti sono state acquisite il 23 ottobre 2009.

Ciò implica, indubbiamente, che il procedimento di verifica è stato avviato contemporaneamente per le due prime classificate.

È vero che la valutazione da parte della Commissione all'uopo costituita è stata effettuata prima con riguardo all'offerta dell'offerta più bassa, quella della Guzzi Costruzioni, e poi, solo dopo l'accertamento dell'anomalia di essa, si è proceduto alla valutazione dell'offerta della seconda classificata. È anche vero, tuttavia, che si è anche avuto l'avvio contemporaneo dei procedimenti, che, come sopra specificato, non è un fatto irrilevante, atteso che, nel momento in cui si procedeva all'esame dell'offerta prima classificata, si disponeva di elementi tali da consentire una valutazione, in parallelo, dell'offerta seconda classificata, giacché erano state già acquisite anche le giustificazioni del Consorzio di Cooperative.

L'Amministrazione Provinciale resistente, al fine di dimostrare la legittimità del procedimento di verifica, ha richiamato la determinazione n. 6 dell'8 luglio 2009 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, che ha ammesso la possibilità, al fine di ridurre i tempi per l'individuazione dell'aggiudicatario definitivo, di avviare le singole fasi istruttorie della verifica nei confronti di più concorrenti.

La determinazione, datata 8 luglio 2009, non poteva, tuttavia, tenere conto della modifica introdotta all'art. 88, settimo comma, del d.lgs. n. 163/2006 dalla legge 3 agosto 2009 n. 102, in sede di conversione del d.l. 1 luglio 2009 n. 78,. In seguito a tale modifica, entrata in vigore dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge di conversione, avvenuta il 4 agosto 2009, è stato aggiunto al settimo comma, dopo il primo periodo, il seguente, già sopra richiamato: *“In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5”*.

Come già detto, in seguito a tale modifica l'avvio contemporaneo del procedimento di verifica in relazione a più offerte è possibile solo nel caso in cui la stazione appaltante si sia riservata tale facoltà.

Ne risulta la violazione della norma richiamata, con conseguente illegittimità del procedimento di verifica, che si riverbera sui successivi atti, che devono essere, pertanto, annullati.

4. La non conformità a legge del procedimento di verifica ne impone la ripetizione da parte della Stazione appaltante, che dovrà procedervi mediante la nuova effettuazione, secondo i criteri sopra fissati, di tutte le fasi del procedimento in questione, ad iniziare dalla richiesta di giustificazioni.

Ciò esclude la necessità di procedere all'esame delle ulteriori censure.

È solo il caso di richiamare l'attenzione su un aspetto sul quale parte ricorrente ha particolarmente insistito, che attiene alla valutazione

delle giustificazioni offerte dal Consorzio di Cooperative in relazione alla porzione di lavori da subappaltare.

In proposito non è condivisibile l'affermazione della ricorrente secondo cui la Stazione appaltante, pur avendo richiesto delle giustificazioni al riguardo, ha semplicemente ommesso di effettuare valutazioni sui prezzi, a fronte della mera dichiarazione di voler subappaltare una parte delle opere.

In realtà risulta dal verbale che tutti i prezzi sono stati oggetto di esame.

Ciò che manca, tuttavia, è qualsiasi esplicitazione delle valutazioni concretamente effettuate in relazione alle risposte fornite dal concorrente a fronte della richiesta di ulteriori giustificazioni.

Nel verbale è dato leggere che è stato chiesto al Consorzio di dimostrare quali siano le forniture e pose in opera affidate a terzi, quante e quali costituiscano subappalto, che incidenza abbiano gli eventuali subappalti sugli importi delle categorie poste a base di gara.

Rimangono del tutto oscure, tuttavia, le valutazioni effettuate in relazione alle risposte fornite, atteso che la Commissione si è limitata a rilevare che l'impresa ha relazionato circa la volontà/possibilità di subappaltare tutte le lavorazioni specialistiche che vengono coperte dai preventivi allegati.

5. La necessità di procedere all'effettuazione della fase di verifica delle offerte oltre la soglia di anomalia esclude, innanzi tutto, la possibilità di individuare, allo stato, un soggetto avente titolo all'aggiudicazione.

Essa implica, d'altra parte, visto che il procedimento di gara non è

ancora concluso, che non possono ravvisarsi pregiudizi di carattere economico a carico delle imprese concorrenti, che mantengono ancora *chances* di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta.

Ne consegue il rigetto della domanda della ricorrente volta a conseguire l'aggiudicazione nonché delle domande, variamente graduate, dirette ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente. In conclusione, in parziale accoglimento del ricorso devono essere annullati gli atti impugnati. Per il resto il ricorso stesso deve essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

accoglie in parte il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati e per il resto lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 19 novembre 2010 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/12/2010

IL SEGRETARIO

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