



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1677 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Seli Manutenzioni Generali Srl, Mit S.r.l., rappresentate e difese dagli Avv.ti Francesco De Marini e Barbara Savorelli, con domicilio eletto presso il primo, in Milano, Via Emilio Visconti Venosta, n. 7

***contro***

Fondazione Ircss Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena, rappresentata e difesa dall'Avv. Carlo Cerami, presso il quale ha eletto domicilio, in Milano, Galleria S.Babila, n. 4/A

***nei confronti di***

Consorzio Stabile Ambrosiano Scarl, rappresentato e difeso dall'Avv. Maurizio Zoppolato, presso il quale ha eletto domicilio, in Milano, Via Dante, n. 16

***per l'annullamento***

- della comunicazione 6 maggio 2009, atti 298/09 all. 46, prot. int. 72/09, con la quale la Fondazione Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena ha comunicato alla ricorrente l'avvenuta esclusione dell'offerta presentata nella gara d'appalto per la "manutenzione straordinaria delle strutture della Fondazione";
- di tutti i verbali ed atti di gara relativi al procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta della ricorrente;
- del provvedimento, ove intervenuto, di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara;
- in ogni caso di ciascun provvedimento, non noto alla ricorrente, di convalida e/o conferma della valutazione dell'offerta della ricorrente, dell'eventuale aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara *de quo* e comunque di definizione della medesima gara;
- di tutti gli atti antecedenti, successivi e/o comunque connessi ed in ogni caso del bando di gara e del relativo capitolato, ove debbano interpretarsi nel senso di comportare l'esclusione della gara per la costituenda ATI ricorrente;

nonché per la conseguente condanna della Fondazione IRCCS resistente al risarcimento del danno in forma specifica e in via subordinata per equivalente economico per la illegittima esclusione e la mancata aggiudicazione della gara *de quo*;

atti impugnati con il ricorso principale;

della determinazione dirigenziale n. 1057 del 5 maggio 2010, con la quale la Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore ha escluso l'offerta della ricorrente in quanto asseritamente non

remunerativa e quindi inaffidabile ed ha aggiudicato l'appalto al Consorzio Stabile Ambrosiano;

- di tutti gli atti antecedenti, successivi e/o comunque connessi ed in ogni caso della relazione dell'Ing. Emanuele Masiello del 23 febbraio 2014;

- del provvedimento, implicito o esplicito, emanato dall'Amministrazione a seguito della trasmissione dell'informativa ex art. 243*bis* del Dlgs. 163/06 e successive modificazioni;

per la declaratoria di nullità, annullamento e comunque per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more dell'impugnativa e del giudizio, non noto alla ricorrente;

oggetto di impugnazione con motivi aggiunti;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Ircss Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena e di Consorzio Stabile Ambrosiano Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Udito il relatore dott. Marco Poppi nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2010 e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con *determinazione* n. 203 del 29.1.09, la Fondazione IRCCS Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena, indiceva una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria delle strutture di proprietà, da aggiudicarsi mediante il criterio del prezzo più basso, con importo a base d'asta di € 5.000.000,00.

L'ATI SELI, odierna ricorrente, formulava un "ribasso unico e incondizionato" del 51,511% (risultato essere il maggiore offerto in gara), allegando preventivamente a giustificazione dell'offerta:

- i costi orari della manodopera, oscillanti fra € 20,00 ed € 29,55 in funzione della qualifica posseduta;
- l'utile d'impresa, specificato nel 5%;
- l'ammontare dei costi generali, indicati nell'8%, comprovando il dato con la produzione di una tabella di riclassificazione analitica dei costi, una tabella di analisi economico - strutturale, una situazione contabile al 31.12.07 e del piano di ammortamento.

Con nota del 20.3.09, la Fondazione resistente, richiedeva chiarimenti alla ricorrente in quanto l'offerta presentata era stata individuata come anormalmente bassa ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/06, poiché, applicando il ribasso offerto del 51,511% agli elenchi dei prezzi posti a base di gara, il costo della manodopera sarebbe risultato inferiore ai trattamenti salariali minimi inderogabili ricavabili dai dati CCIA di Milano, ed. IV trim. 2008 e dal listino DEI ed. II sem. 2008 (richiesta evasa in data 30.3.09).

Con nota del 6.4.09, l'Amministrazione integrava la propria originaria

richiesta, chiedendo alla ricorrente di “presentare le giustificazioni in ordine al computo metrico” che veniva allegato alla missiva (richiesta evasa il 20.4.09).

In pari data l’Ente chiedeva ulteriormente di “indicare ogni elemento ritenuto utile in relazione al computo metrico a suo tempo allegato” e convocava l’impresa per l’esperimento del contraddittorio orale fissato per il 5.05.09.

Con nota del 6.5.09, la resistente, sul presupposto dell’insufficienza dei chiarimenti forniti, comunicava all’interessata l’esclusione dell’offerta perché inaffidabile.

In data 8.5.09 quest’ultima avanzava una prima richiesta di accesso agli atti di gara che, in data 11.5.09, veniva respinta sul rilievo che il procedimento non si era ancora concluso con l’aggiudicazione (diniego che veniva confermato telefonicamente a seguito di reiterazione della richiesta in data 25.5.09).

Detto diniego veniva, quindi, impugnato, ex art. 25 della L. n. 241/1990 con ricorso iscritto al n. 1411/2009, definito con decreto presidenziale n. 639 dell’11 marzo 2010).

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la ricorrente, ha impugnato, con richiesta di sospensione, risarcimento e di acquisizione istruttoria, gli atti in epigrafe indicati, deducendo, con un unico articolato motivo, la violazione degli artt. 87 e 88 del D.Lgs. n. 163/06, dell’art. 3 della L. n. 241/1990, eccesso di potere per vizi della motivazione, difetto di istruttoria, nonché, violazione dei principi di economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza,

fondando le proprie censure sulla ritenuta mancata valutazione, da parte dell'Amministrazione, delle copiose e dettagliate giustificazioni fornite.

La Fondazione, costituita in giudizio, resisteva al prodotto ricorso chiedendo la sua reiezione.

Nella camera di consiglio del 29.7.09, preso atto dell'intenzione dalla ricorrente, di proporre motivi aggiunti, la discussione veniva rinviata a data da destinarsi.

In data 28.8.09 la ricorrente presentava una nuova istanza istruttoria accolta con ordinanza presidenziale n. 110 del 9 settembre 2009 e, a seguito dell'adempimento da parte della Fondazione (che depositava la documentazione richiesta il 29.9.09), integrava l'originario ricorso con un primo atto con motivi aggiunti depositato il 4.11.09.

In particolare, con il primo motivo rubricato come n. 2, reiterava la dedotta insufficienza della motivazione del provvedimento di esclusione, denunciando l'irrilevanza, ai fini dell'assolvimento degli obblighi di cui all'art. 3 della L. n. 241/1990, del deposito in giudizio della relazione riassuntiva della Commissione, nonché delle allegate "schede verifica prezzi", stante la loro natura di documenti privi di alcuna indicazione certa circa la loro provenienza e riferibilità.

La relazione, infatti, risulterebbe essere stata sottoscritta con tre firme illeggibili prive d'indicazione quanto alla funzione dei sottoscrittori, mentre le schede, redatte su carta non intestata, si presentavano prive di sottoscrizione.

Con un secondo motivo aggiunto (motivo n. 3), censurava

ulteriormente il procedimento di verifica di anomalia, evidenziando profili di contraddittorietà e lacunosità sotto il profilo istruttorio.

Con un ultimo motivo (motivo n. 4), rilevava il travisamento in cui sarebbe incorsa la Stazione appaltante che, in un primo tempo, avrebbe individuato i profili di anomalia relativamente ai livelli retributivi (chiedendo chiarimenti in relazione a tale specifico profilo), per poi rilevare aspetti critici ulteriori e diversi, non oggetto di contestazione, riferiti alla quantificazione della manodopera e ai costi dei materiali pertinenti alcune lavorazioni.

Con memoria depositata in vista della discussione cautelare, la resistente eccepiva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, stante la mancata, formale adozione di un provvedimento di esclusione, dovendosi intendere la nota del 06.05.09 come mera manifestazione del "proprio intendimento di escludere" l'offerta.

Nella camera di consiglio del 25 novembre 2009 veniva accolta l'istanza di sospensione, avuto riguardo a profili di contraddittorietà delle determinazioni della Stazione appaltante, emergente, da una parte, dall'esame delle schede giustificative di prezzo delle voci principali degli interventi di ordine manutentivo, per i quali "il confronto fra la manodopera applicabile riferendosi ai prezzi indicati DEI corretti con lo sconto proposto, e la manodopera indicata come minimo sindacale nei contratti nazionali dei settori industria e artigianato, sembrerebbe corretto" (doc. 15 b della Fondazione); dall'altra nel fatto che "il controllo del costo della manodopera

facendo riferimento ai minimi sindacali e al listino prezzo DEI sembra confermare la bontà dell'offerta" (15 c).

In data 26.1.10, l'Amministrazione, preso atto della motivazione della pronuncia cautelare, comunicava alla ricorrente di aver avviato un supplemento di istruttoria, avanzando un'articolata richiesta di chiarimenti con riguardo ad aspetti non oggetto di precedenti contestazioni ed individuati con un innovativo criterio.

In particolare, nella nota da ultimo citata, si precisava che, una volta "analizzati tutti i prezzi per i quali il computo metrico ...prevede un importo complessivo superiore a 1.250,00 Euro", erano state individuate 70 voci di prezzo corrispondenti a "un importo pari al 60% dell'importo complessivo del computo", in ordine alle quali si rendeva necessario procedere all'acquisizione di ulteriori chiarimenti, in vista di un contraddittorio da svolgersi successivamente.

Stante la successiva inerzia dell'Ente dopo il deposito della documentazione da parte della ricorrente, essa, con atto di significazione e messa in mora del 10.4.10, diffidava l'Amministrazione a concludere il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Con determinazione n. 1057 del 5.5.10, la Fondazione, approvava gli atti di gara, compresi gli esiti della verifica di anomalia, aggiudicando i lavori al Consorzio Stabile Ambrosiano s.c.a.r.l., odierno controinteressato.

Nel medesimo provvedimento, quanto alla posizione della ricorrente, veniva precisato che, sulla base di una relazione datata 23.2.10, redatta da un "professionista qualificato" nominato in data 14.1.10 a

supporto del RUP, “per la valutazione tecnico specialistica dell’anomalia delle offerte”, era emerso che “all’esito del procedimento di valutazione” l’offerta di SELI era “risultata nel suo complesso non remunerativa e, pertanto, inaffidabile”.

Con istanza del 16.5.10, preso atto delle determinazioni sopravvenute e, in particolare, del coinvolgimento del citato esperto esterno, la ricorrente avanzava nuovamente istanza di accesso agli atti di gara e, con un secondo ricorso per motivi aggiunti depositato il 9.6.10 (motivo n. 5), denunciava la violazione dell’art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006 per mancata comunicazione della motivazione dell’esclusione (ritenendo insufficiente a tal fine il semplice richiamo alla relazione del consulente non allegata).

Con un secondo motivo, formulato con il medesimo mezzo (motivo n. 6), essa contestava ulteriormente l’illegittimità dell’integrazione procedimentale del gennaio 2010, censurando, in particolare, il mancato esperimento del contraddittorio preannunziato in sede di richiesta di chiarimenti.

Preso cognizione della relazione tecnica del professionista esterno, Ing. Masiello (nel frattempo acquisita), con atto depositato il 28.06.10, la ricorrente proponeva un terzo ricorso per motivi aggiunti, censurando con due ulteriori motivi (motivo n. 7 e motivo n. 8) l’illegittimità del segmento istruttorio affidato al suindicato professionista, sostenendo l’inattendibilità delle conclusioni ivi formulate.

Con il medesimo atto avanzava richiesta istruttoria tesa ad acquisire

tutta la documentazione di gara non ancora prodotta e, segnatamente, la delibera di incarico al professionista e la relazione redatta dal medesimo.

In prossimità della camera di consiglio del 14.7.10 (all'esito della quale veniva fissata la discussione nel merito del ricorso senza adozione di ulteriori provvedimenti) la resistente Amministrazione depositava l'offerta di disponibilità all'incarico dell'Ing Masiello e la mail del RUP diretta al professionista (del seguente tenore: "facendo seguito alle pregresse intese verbali intercorse, si comunica che le è stato affidato l'incarico per la valutazione dell'anomalia delle offerte presentate per l'appalto in oggetto. L'incarico sarà espletato alle condizioni meglio delineate nell'unito allegato").

Ritenuta l'illegittimità delle descritte modalità di nomina, e in particolare l'omissione di una specifica determinazione provvedimentale, SELI, proponeva un quarto ricorso per motivi aggiunti (motivo n. 9), deducendo la discontinuità fra l'iniziale procedimento di verifica condotto dalla Stazione appaltante (all'esito del quale era esclusa una prima volta) e quello condotto dall'Ing. Masiello, le cui risultanze erano state poste a fondamento del definitivo giudizio di inaffidabilità e della conseguente esclusione della propria offerta, contenuto nella determinazione di aggiudicazione del servizio.

Con il medesimo mezzo avanzava riserve circa la competenza tecnica dei commissari, fondando le proprie perplessità sull'intervenuta nomina di un consulente esterno.

Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2010, la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Con il presente ricorso, l'ATI SELI, partecipante alla gara indetta dall'Amministrazione resistente per l'affidamento al miglior prezzo dei lavori di manutenzione straordinaria degli edifici di proprietà dell'Ente resistente, nell'ambito della quale aveva formulato il ribasso più consistente, ha impugnato con una serie articolata di censure contenute nell'originario ricorso e nei successivi motivi aggiunti, la propria esclusione della gara indotta dai risultati della verifica dell'anomalia.

Al riguardo, ha contestato l'operato dell'Amministrazione con riferimento tanto alle operazioni condotte dalla Commissione di gara, nel corso delle quali è stato emesso il provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso introduttivo, quanto all'integrazione istruttoria disposta a seguito dell'intervenuta sospensione degli atti impugnati, condotta tramite l'operato di un professionista esterno.

SELI ha denunciato a tal fine che l'Amministrazione avrebbe agito contraddittoriamente, modificando in corso di procedimento le contestazioni mosse e pervenendo, in entrambe le occasioni, a conclusioni non motivate e non precedute da un'adeguata istruttoria.

In particolare, ha sottolineato che il procedimento si sarebbe sviluppato senza un effettivo contraddittorio e che la Fondazione avrebbe ommesso l'esame dei contenuti delle copiose produzioni documentali prodotte in sede di verifica.

Ha contestato, inoltre, la stessa decisione di ricorrere all'ausilio di un esperto esterno da parte della Stazione appaltante, sia sotto il profilo procedimentale (modalità di conferimento dell'incarico), che nel merito, sostenendo, ancorché in via ipotetica, il dubbio possesso in capo all'incaricato delle necessarie competenze tecniche.

Osserva, in proposito il Collegio che, sotto un primo, preliminare aspetto, la rinnovazione della verifica della congruità dell'offerta posta in essere dalla Stazione appaltante a seguito dell'ordinanza cautelare adottata dalla Sezione nella camera di consiglio del 25.11.09 induce a superare sia i motivi dedotti nel ricorso introduttivo sia i primi motivi aggiunti, ove si consideri che l'evoluzione dell'articolato procedimento di verifica è stato tale che alcun dubbio può nutrire la ricorrente circa la natura delle osservazioni poste poi a fondamento della disposta esclusione.

La Stazione appaltante, infatti, dopo aver espletato il visto supplemento istruttorio, ha adottato l'esclusione dalla gara che è stata motivata su profili di incongruità dell'offerta di per sé idonei a fondare la disposta esclusione.

In tema di verifica di congruità, infatti, la giurisprudenza ha precisato che le Stazioni appaltanti non sono tenute in tale fase a dar conto della compiuta valutazione di ogni singola giustificazione prodotta dalle offerenti, essendo sufficiente evidenziare nel provvedimento conclusivo gli elementi dirimenti in ordine alla valutazione di inaffidabilità. (Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694).

Ne deriva che il procedimento di verifica contestato può essere

esaminato unicamente sotto il profilo della ragionevolezza dei criteri adottati e dell'attendibilità e congruità delle conclusioni tratte dagli elementi emersi in sede istruttoria.

Per questo aspetto la ricorrente censura l'operato dell'Amministrazione con il secondo, terzo e quarto ricorso per motivi aggiunti, contestando nel merito i risulta esiti per essa sfavorevoli delle ridetta procedurta.

A suo dire sarebbe, da un lato, arbitraria la scelta di coinvolgere un professionista esterno e, dall'altro, altrettanto arbitrari sarebbero i criteri adottati per pervenire alle finali conclusioni.

Con il motivo n. 5 (secondo atto di motivi aggiunti) ha, poi, denunciato la violazione dell'art. 79 del Codice degli appalti pubblici, ai sensi del quale graverebbe sulla Stazione appaltante l'obbligo di corredare la comunicazione di esclusione con "il provvedimento e la relativa motivazione".

La determinazione n. 1057 del 5.5.10, con cui la Fondazione ha approvato gli atti di gara, ivi compresi quelli della suddetta verifica di anomalia, ha richiamato, invero, una relazione datata 23.2.10, redatta da un "professionista qualificato" nominato in data 14.1.10 a supporto del RUP "per la valutazione tecnico specialistica dell'anomalia delle offerte", in base alle cui conclusioni l'offerta presentata dalla ricorrente è risultata nel suo complesso non remunerativa e, pertanto, inaffidabile.

La mancata allegazione della relazione richiamata avrebbe privato la determinazione contestata della necessaria motivazione.

Detto ordine argomentativo è, peraltro, fallace.

L'art. 3, della L. n. 241 del 1990 consente il ricorso alla motivazione *per relationem* con richiamo ad altri atti dell'Amministrazione, onerando l'Autorità procedente del solo obbligo di indicare gli estremi di tutti gli atti della procedura e di metterli a disposizione su richiesta dell'interessato (cfr., ex multis, T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 27 ottobre 2008, n. 9158; T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 04 luglio 2007, n. 6458)". (TAR Veneto, 25 febbraio 2010, n. 530)

Per conseguenza, non risultando che la Fondazione abbia negato l'accesso al documento, la relativa censura deve essere disattesa.

Con il motivo n. 6, (secondo atto di motivi aggiunti), la ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 86, 87 e 88 per mancanza di un effettivo contraddittorio, allegando che, con richiesta del 26.1.10, la Stazione appaltante aveva richiesto chiarimenti in ordine a specifici profili dell'offerta anticipando che avrebbe proceduto ad una successiva convocazione per l'esperienza del contraddittorio orale, pervenendo poi, contrariamente a quanto preannunciato, all'adozione della delibera n. 1057 di esclusione senza procedere ad alcuna convocazione.

Sotto altro profilo la Stazione appaltante avrebbe coinvolto il consulente esterno, motivando tale scelta con la complessità delle verifiche da effettuarsi, riconoscendo, con ciò, la carenza di idonee professionalità all'interno della Commissione. Il professionista, inoltre, sarebbe intervenuto solo nella seconda fase del procedimento, redigendo una relazione che ha costituito il fondamento

dell'esclusione, dando, tuttavia, corso a un procedimento obiettivamente discontinuo condotto da parte della Commissione di gara, conclusosi, infatti, con un provvedimento motivato sulla base delle sole conclusioni del consulente esterno.

Anche le suddette censure sono infondate.

Sotto un primo aspetto alcun dubbio può profilarsi circa il rispetto delle scansioni procedurali disciplinate dall'art. 88 del D. Lgs. come dimostra l'articolato confronto fra le parti nel corso di tutto il complesso e prolungato *iter* di verifica, mentre legittima appare, altresì, la nomina di un consulente esterno.

L'art. 88, comma 1 bis del D.Lgs. n. 163/2006, riconosce, infatti, alla stazione appaltante la lata facoltà di "istituire una commissione ... per esaminare le giustificazioni prodotte" il che si traduce, a fronte di una palese ampia discrezionalità in capo all'Autorità procedente, nella possibilità di avvalersi di elementi esterni per il compimento di determinate operazioni.

Quanto alla nomina del consulente esterno, nella persona dell'ing. Masiello, deve rilevarsi che l'Ente ha agito nei limiti di quanto prescritto dall'art. 125, comma 11 del D.Lgs. n. 163/2006, che ammette l'affidamento diretto senza necessità di alcuna proceduralizzazione per importi, come nel caso di specie, inferiori alla cifra di € 20.000,00.

Con riferimento alla stessa nomina deve ritenersi, inoltre, inammissibile per genericità il denunciato difetto di adeguate professionalità in capo al consulente, rilievo che è rimasto sprovvisto

di ogni prova.

Con il motivo n. 7 (terzi motivi aggiunti), SELI censura il merito del procedimento di verifica tanto con riferimento ai criteri adottati che alle finali conclusioni, che sarebbero prive di fondamento.

La Stazione appaltante non avrebbe valutato l'offerta prodotta in gara dalla ricorrente, ma avrebbe tratto un giudizio di complessiva insostenibilità di essa, vagliando unicamente un campione corrispondente ad un valore di € 274.130,04, nell'ambito del quale, avrebbe verificando voci per soli € 155.193,78.

Il motivo è infondato.

Nell'occasione, la Stazione appaltante, preso atto dell'esito cautelare, con nota del 26.01.10, aveva disposto un'integrazione istruttoria, indicando il criterio cui si sarebbe attenuta per la valutazione di anomalia con contestuale trasmissione di 70 schede prezzi (riferita ad un computo metrico campione) sulle quali riportare le giustificazioni richieste. (sul punto si evidenzia come sia la stessa ricorrente a rilevare la significatività del chiarimento richiesto, ove afferma che "con la riapertura dell'istruttoria, disposta a seguito della ricordata ordinanza cautelare, la Fondazione, con comunicazione del 26 gennaio 2010, si è finalmente risolta a richiedere ben 70 pagine di chiarimenti su specifici aspetti dell'offerta")

SELI replicava alla suddetta richiesta con nota del 10.02.10, precisando di aver effettuato "un riesame profondo delle schede analisi prezzo" e dando atto che "tale revisione non modifica il ribasso percentuale esposto in sede di gara (sconto del 51,51%) pur

revisando in maniera differenziata alcuni prezzi già revisionati nelle precedenti comunicazioni”

Sulla scorta di detta documentazione l'ing. Masiello osserva sostanzialmente che, “adottando i prezzi riportati nei giustificativi consegnati in data 20 aprile 2009”, l'importo complessivo riferito alle voci del computo tipo adottato “assomma a 72.373,47 Euro, mentre adottando i prezzi riportati nei giustificativi consegnati a seguito della richiesta del 26 gennaio assomma a 78.504,34 Euro. L'incremento dell'importo pari a 6.130,87 Euro costituisce l'8,47% rispetto all'importo iniziale, e quindi superiore alla percentuale di utile dichiarato pari al 5%. Considerato inoltre che trattasi di appalto aperto per lavori di manutenzione straordinaria per il quale pertanto la composizione dei lavori potrebbe variare rispetto al computo metrico assunto quale tipologico, l'aumento significativo dei prezzi giustificati in seconda istanza non garantisce il mantenimento della percentuale di utile previsto dall'Appaltatore”.

Secondo la ricorrente, invece, le illustrate conclusioni sarebbero basate su un computo metrico, non riferito ai lavori oggetto di affidamento, mentre i calcoli compiuti dai quali emerge uno scostamento di € 6.130,87, suscettibile di assorbire l'intero utile dichiarato, sarebbero palesemente erronei, posto che la somma indicata non potrebbe assorbire l'8,47% della base d'asta (€ 5.000.000,0).

Le suddette argomentazioni sono anch'esse prive di pregio.

Osserva il Collegio che, da una parte, la percentuale di utile dichiarato

non va commisurata alla base d'asta, ma all'importo offerto che, nel caso di specie, è inferiore alla metà e che, dall'altra, la ricorrente confronta due dati risultanti dall'applicazione di un tasso percentuale su differenti basi (la base d'asta, la ricorrente, e il valore del computo campione, il consulente), trascurando di considerare che oggetto la gara all'esame è un cosiddetto "appalto aperto", che presenta, cioè, una prestazione di contenuto non predeterminabile *ex ante* in tutte le sue componenti: lo stesso Capitolato Speciale d'appalto, all'art. 5, fornisce, infatti, la "descrizione sommaria delle opere e dei servizi oggetto dell'appalto", precisando che "le opere oggetto dell'appalto riguardano la messa a norma e la riqualificazione di parti di edifici e di impianti con carattere d'urgenza che si renderanno necessarie nel periodo indicato dall'art. 2 del presente CSA e saranno pertanto individuate dall'ente sia nella loro consistenza che nella loro articolazione e durata temporale".

Ne deriva che il giudizio di complessiva attendibilità condotta in sede di verifica di anomalia non poteva che riferirsi ad un computo "tipo" appositamente predisposto con criteri tali da renderlo rappresentativo delle lavorazioni che si andranno a realizzare.

Nella fattispecie, l'Amministrazione, ha individuato una serie di interventi relativi a forniture e pose in opera afferenti le possibili future lavorazioni al fine di rendere strutturalmente omogeneo quanto dovrà successivamente eseguirsi (opere edili, impianti tecnologici ed elettrici, ecc.).

Preso atto del criterio prestabilito, il procedimento logico - deduttivo

condotto dal consulente, fondandosi su di un campione, comporta che il raffronto costi/utile non possa che essere rapportato alla medesima grandezza, ovvero, all'importo del campione esaminato risolvendosi, in ultima analisi, in un confronto fra dati percentuale.

Con riferimento a tale campione sono stati analizzati i rialzi di costo applicati dalla ricorrente, accertando l'incidenza percentuale delle apportate modifiche sui margini di utile attesi e rilevando che questi coprono solo una parte degli incrementi registrati.

Ne deriva che il campione è da ritenersi rappresentativo dell'intero ventaglio delle lavorazioni oggetto di gara (come è stato ritenuto), per cui il giudizio a esso riferito è ragionevolmente estendibile all'intera offerta: il criterio adottato, dalla quale si evince la rappresentatività del computo così elaborato si accredita dunque come indice qualificato e attendibile della complessiva sostenibilità o meno dell'offerta.

Sotto altro non meno significativo profilo deve rilevarsi che, in sede di contraddittorio scritto, la ricorrente ha riformulato i prezzi unitari indicati su ben 31 voci delle 70 contemplate, modificando sostanzialmente la propria offerta sì da determinarne autonomamente l'esclusione.

Come ormai pacifico in giurisprudenza "in sede di verifica della congruità dell'offerta presentata in una gara d'appalto di lavori pubblici, il principio del contraddittorio successivo (come imposto dalle regole comunitarie interpretate dalla Corte di giustizia con la sentenza 27 novembre 2001 n. 285) mira a consentire un fisiologico arricchimento degli elementi dedotti in origine e quindi incontra un

limite nel divieto - immanente al sistema - di trasformazione dell'offerta originaria in un quid sostanzialmente nuovo o diverso per mezzo delle ulteriori giustificazioni". (Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2006, n. 2021).

E' noto al Collegio quell'indirizzo della giurisprudenza che ritiene, entro certi limiti, possibile l'aggiustamento delle varie componenti dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146), restando in ogni caso fermo che:

a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lascia le voci di costo invariate;

b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo trova il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

La giurisprudenza ha, infatti, precisato che il subprocedimento 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" (Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451)

E' dunque anche su tale base incontestato che non si può consentire che, in sede di giustificazioni, vengano rimodulate le voci di costo al solo scopo di armonizzare la struttura dell'offerta con l'importo derivante dal ribasso formulato.

A fronte dell'intervenuta riformulazione delle voci di costo operata

dalla ricorrente, deve conclusivamente ritenersi che il giudizio di inattendibilità formulato dalla Stazione appaltante sulla base delle risultanze del segmento istruttorio supplementare sia da condividere.

Con il motivo n. 8, viene dedotta l'illegittima introduzione, da parte della Stazione appaltante, di un innovativo parametro cui commisurare la correttezza dei valori specificati dalla ricorrente in tema di incidenza della manodopera.

A tal proposito evidenzia che, nella Relazione conclusiva dell'Ing. Masiello, si afferma che "in alcune voci di prezzo l'incidenza della manodopera esposta nei giustificativi aggiornati risulta ancora sottostimata se confrontata con i valori indicati nel TEMPARIO del Sole 24 ore".

Sulla base di tale parametro, non contemplato dalla disciplina di gara né, tanto meno, comunicato in sede di richiesta di chiarimenti, si sarebbe desunta la pretesa esiguità dei tempi di intervento ritenuta rilevante in sede di esclusione.

Anche questo motivo è infondato.

L'incidenza dei costi della manodopera sulle lavorazioni è stato, invero, oggetto di contestazione sin dalle prime fasi del procedimento di verifica (v. scheda, doc. 15 c, dell'Amministrazione) e il Tempario contestato non è stato surrettiziamente introdotto quale nuovo parametro di legittimità dell'offerta, ma è stato considerato esclusivamente come un riferimento qualificato in relazione al quale ricavare elementi di valutazione circa un aspetto significativo dell'offerta.

In sede di verifica di congruità, infatti, la necessità di formulare un giudizio sotto il profilo della complessiva attendibilità dell'offerta, consente il ricorso a fonti esterne nella misura in cui siano qualificate e rappresentative dei reali costi (tale natura del Tempario non è messa in discussione dalla ricorrente).

Ciò che viene posto in rilievo dal consulente, e assunto a presupposto dell'esclusione, non è, infatti, il mero scostamento dai valori indicati nel Tempario, ma l'esiguità degli importi dichiarati, ritenuti eccessivamente bassi e in relazione ai quali, i valori del listino assumono una valenza meramente indiziaria a supporto dell'evidente incongruità ed insostenibilità degli stessi.

D'altra parte la sottostima dei valori specificati in offerta è implicitamente confermata dalla stessa ricorrente che, in sede di contraddittorio, pur senza allinearsi ai dati del Tempario, li ha significativamente aumentati.

Il che ricorre anche, a puro titolo esemplificativo, come riporta il consulente, per la voce di costo B.6.04.315.B1, che, pur mantenendo valori distanti da quelli del Tempario (€ 0.59 h/mq), è stata successivamente variata in rialzo passando da un dato dichiarato di € 0.18 h/mq a quello di € 0.30 h/mq.

Analogo incremento si è registrato in relazione alla voce A.2.04.154.C0, per la quale la ricorrente ha elevato l'importo da € 0.50 h/mq a € 0.82 (a fronte di un valore specificato nel Tempario pari a € 1.00-1.40)

L'importanza annessa dalla Stazione appaltante allo specifico profilo e

l'incidenza delle richiamate sottostime ai fini della finale valutazione in questa sede contestata sono state oggetto di puntuale motivazione in seno alla determinazione di esclusione, ove si precisa che “in merito all'incidenza della manodopera, la sottostima individuata su alcuni prezzi riveste maggiore rilevanza in considerazione della tipologia dell'appalto che, trattandosi di manutenzioni, comporterà l'esecuzione delle lavorazioni in condizioni disagiate e con logistiche difficoltose in considerazione della prevedibile presenza di attività ospedaliere limitrofe che dovranno essere mantenute in funzione durante le lavorazioni”

Con il motivo n. 9 (quarti motivi aggiunti), la ricorrente, replicando censure già formulate in precedenza, insiste sulla denunciata discontinuità del procedimento di verifica dell'anomalia che si sarebbe svolto in due segmenti non omogenei quanto alle contestazioni mosse, affermando che, considerando unitariamente la fase di verifica, l'esclusione determinatasi all'esito dell'integrazione istruttoria si porrebbe in contraddizione con le perplessità inizialmente rilevate; nella diversa ipotesi che il secondo segmento istruttorio dovesse considerarsi autonomo rispetto al primo, l'Amministrazione avrebbe operato in difetto di contraddittorio.

La censura è infondata in quanto, come già rilevato, l'esclusione disposta in seconda battuta si fonda sull'intervenuta rimodulazione dei costi operata dalla ricorrente determinata dalla necessità di renderli compatibili con l'importo offerto; modifica resasi necessaria con riferimento agli aspetti di dubbio già sottolineati (quantificazione

della manodopera e costi del materiale impiegato) già oggetto di contestazione e contraddittorio in seno alla prima fase e di cui è stato dato atto nelle richiamate schede dei prezzi prodotte dalla Fondazione (doc. 15 b).

Quanto alla ritenuta mancanza di specifiche competenze in capo in capo alla commissione e al consulente nominati, già oggetto di precedente contestazione, se ne ribadisce l'inammissibilità per eccessiva genericità, rinviando alle considerazioni già espresse.

Per quanto precede il ricorso deve essere respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle competenze e degli onorari di giudizio che liquida in € 5.000,00 in favore di ciascuna parte costituita, oltre al 12,5% a titolo di spese forfetariamente calcolate, ad I.V.A. e C.P.A.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Primo Referendario

Marco Poppi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2011

IL SEGRETARIO

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