

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29901-motivate-esigenze-imposte-dallo-svolgimento-dell-istruttoria-relativa-alla-verifica-delle-offerte-ritenute-anomale-ben-possono-fondare-la-dilatazione-dei-tempi-procedimentali>

Autore: Lazzini Sonia

Motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria relativa alla verifica delle offerte ritenute anomale ben possono fondare la dilatazione dei tempi procedimentali

Tar Campania, Napoli, 02.07.2010 n. 16568

Motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria relativa alla verifica delle offerte ritenute anomale ben possono fondare la dilatazione dei tempi procedurali

il tenore dell'art. 88, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 attribuisce alla stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui al precedente art. 5, il compito di esaminare gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite. E la giurisprudenza ha, in merito, precisato che la commissione tecnica di cui all'art. 88, comma 3, cit. può ben coincidere con la commissione giudicatrice, laddove questa sia già costituita ed operante (cfr. TAR Lazio, Latina, 19 gennaio 2007, n. 45; Roma, sez. III quater, 13 febbraio 2008, n. 1264; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 maggio 2007, n. 450; TAR Campania, Napoli, sez. II, 31 maggio 2007, n. 5891); il che si verifica allorché le operazioni di gara non siano totalmente esaurite.

E, più in generale, giova rammentare che il principio di continuità della procedura ad evidenza pubblica ha valenza solo orientativa, potendo essere derogato sia in ragione della complessità delle operazioni di gara (quali, appunto, quelle ricomprese nel subprocedimento di verifica di anomalia), sia in presenza di situazioni particolari che impediscano la concentrazione delle stesse operazioni in una sola seduta (quale, appunto, l'insufficienza delle giustificazioni esaminate) (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360; TAR Campania, Napoli, sez. I, 13 giugno 2006, n. 6945; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2006, n. 12468).

Ed invero, il principio di continuità e concentrazione della gara, che pure costituisce esplicazione dei più generali principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'operato dell'amministrazione e che è finalizzato a garantire che le attività concorsuali si svolgano in modo imparziale, nel rispetto della par condicio dei candidati, può in concreto subire eccezioni in quelle particolari situazioni che – come nel caso di specie – obiettivamente impediscono la conclusione delle operazioni di gara in una sola seduta (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 9 gennaio 2007, n. 29).

Le esigenze di celerità e di regolarità delle operazioni di gara, sottese al principio di continuità delle stesse, non sono, pertanto, da considerarsi lese nelle ipotesi – quale, appunto, quella dedotta nel presente giudizio – in cui vi siano prolungamenti temporali non immotivati, ma indotti dall'esigenza, ravvisata dalla commissione giudicatrice, di svolgere adeguati approfondimenti istruttori.

Come già evidenziato, l'invocato principio di continuità e concentrazione riveste, d'altronde, natura meramente tendenziale e va interpretato in maniera flessibile, in relazione alla complessità delle attività poste in essere – senz'altro, particolarmente accentuata nel caso del subprocedimento di verifica di anomalia nell'ambito di una gara da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa –, la quale, impedendo l'esaurimento delle operazioni concorsuali entro una sola seduta o entro poche sedute ravvicinate (in ragione delle articolate valutazioni da effettuare e degli elementi da acquisire nell'imprescindibile contraddittorio con l'impresa interessata), è, di per sé, idonea a giustificare la deroga al predetto principio.

Quanto, poi, all'assunto – avanzato sempre nel secondo motivo di ricorso originario – di mancata verbalizzazione dell'adozione di idonee misure di custodia e di conservazione, a presidio dell'integrità e della segretezza delle giustificazioni rese dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, neppure esso coglie nel segno.

Simili misure sono da ritenersi funzionalmente preordinate a garantire la par condicio dei concorrenti e il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, attraverso l'integrità e la segretezza delle offerte in competizione, e non già delle giustificazioni, che vengono acquisite e valutate dalla stazione appaltante nel contraddittorio individuale instaurato con l'aggiudicatario provvisorio successivamente all'esame delle offerte presentate ed alla formazione della graduatoria di gara.

In altri termini, il subprocedimento di verifica di anomalia, proprio perché connotato dall'elaborazione progressiva del giudizio di congruità o non congruità della prima migliore offerta, dall'apporto dialettico e collaborativo del relativo proponente e perfino dall'esercizio di poteri istruttori ufficiosi da parte della stazione appaltante (cfr. cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 490; sez. VI, 5 luglio 2006, n. 4261), non esige quella stessa rigida cristallizzazione e intangibilità della documentazione prodotta in sede di offerta, che, posta a presidio della par condicio dei concorrenti, viene assicurata mediante l'adozione delle cennate misure di custodia e di conservazione.

4. Privo di pregio è anche il terzo motivo di ricorso originario, col quale viene lamentata l'incompetenza della commissione giudicatrice in ordine alla verifica dell'anomalia dell'offerta, che avrebbe dovuto essere effettuata dalla stazione appaltante per il tramite del r.u.p.

In base all'orientamento giurisprudenziale prevalente, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, una simile valutazione è compito che spetta alla commissione giudicatrice, e non ad un ufficio dell'amministrazione, anche se tale ufficio risulta competente nel settore cui attiene l'oggetto della gara. L'ufficio può, infatti, esprimere pareri di ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili all'apprezzamento delle offerte, ma non può esprimere il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte, rimesso ad un'apposita commissione (in questi termini, Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2579; 3 marzo 2003, n. 1181; 5 luglio 2006, n. 4267; TAR Liguria, Genova, sez. I, 22 luglio 2005, n. 1081; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 dicembre 2005, n. 2441; TAR Lazio, Latina, 19 gennaio 2007, n. 45;).

In senso contrario a quanto assunto da parte ricorrente, la commissione giudicatrice può, cioè, essere coadiuvata da un ufficio dell'amministrazione e da un apposito staff tecnico, per la fase di verifica di anomalia delle offerte, ma è necessario, ai fini della legittimità delle successive determinazioni, che l'attività di ufficio o di staff si connoti per il suo carattere istruttorio, preparatorio e meramente strumentale, senza risolversi in valutazioni tecnico-discrezionali in cui manchi il necessario momento di 'riappropriazione' dell'esercizio della competenza ad opera dell'organo cui la stessa indefettibilmente spetta (Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 631; TAR Puglia, Bari, sez. I, 5 aprile 2004, n. 1726; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 dicembre 2005, n. 2441).

D'altronde, posto che la verifica in parola costituisce un subprocedimento del procedimento di gara, in linea di principio è proprio alla commissione giudicatrice che tale compito deve – in difetto di previsioni di segno contrario – reputarsi attribuito: se, infatti, la funzione dell'organo tecnico di valutazione è quella di individuare l'impresa che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa ai fini dell'aggiudicazione alla stessa della gara, la verifica dell'anomalia dell'offerta – che è operazione propedeutica e strumentale all'aggiudicazione – non può non rientrare nella sua competenza (cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 maggio 2007, n. 450).

A sostegno di tale conclusione si rileva che la commissione giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560), e non una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 358), tant'è che la sua attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita dall'amministrazione. In particolare, essa, in quanto organo di natura essenzialmente tecnica, ed essendo investita dello specifico compito di esaminare e valutare le offerte presentate dai concorrenti, allo scopo di individuare il miglior concorrente possibile, svolge, nell'interesse della stazione appaltante, una funzione preparatoria e servente, che culmina nell'aggiudicazione provvisoria. In tale specifica fase procedimentale si colloca il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta che, incentrandosi su valutazioni di natura tecnico-discrezionale, è logicamente effettuato proprio dalla commissione, spettando poi all'amministrazione aggiudicatrice il potere di valutare e decidere se approvare o meno gli atti della commissione e di provvedere, quindi, all'aggiudicazione definitiva (cfr. TAR Marche, Ancona, 16 giugno 2003, n. 605; TAR Puglia, Bari, sez. I, 7 gennaio 2004, n. 5).

In questo senso depone il tenore dell'art. 88, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, che attribuisce alla stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui al precedente art. 5, il compito di esaminare gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite. E la giurisprudenza ha, in merito, precisato che la commissione tecnica di cui all'art. 88, comma 3, cit. può ben coincidere con la commissione giudicatrice, laddove questa sia già costituita ed operante (cfr. TAR Lazio, Latina, 19 gennaio 2007, n.

45; Roma, sez. III quater, 13 febbraio 2008, n. 1264; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 maggio 2007, n. 450; TAR Campania, Napoli, sez. II, 31 maggio 2007, n. 5891); il che si verifica allorquando le operazioni di gara non siano totalmente esaurite.

Invero, in difetto di una disposizione normativa oppure di una espressa previsione della lex specialis di gara che disponga in senso contrario, la questione va risolta in base ai principi generali che regolano i compiti della commissione giudicatrice, come recepiti e precisati dalla giurisprudenza.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 16568 del 2 luglio 2010 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

**N. 16568/2010 REG.SEN.
N. 03817/2009 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 della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 3817 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente S.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con
domicilio eletto presso Luigi M. D'Angiolella in Napoli, viale Gramsci, 16;

contro

Comune di Sessa Aurunca, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Anzisi, con
domicilio eletto presso Mario Anzisi in Napoli, V. Imbriani N.48;

nei confronti di

ATI CONTROINTERESSATA S.r.l. - Antonio Resta e C. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Miani, con domicilio eletto presso Francesco Miani in Napoli, via Toledo,116;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

GARA: AFFIDAMENTO DEI LAVORI PER LA REALIZZAZIONE DI UN EDIFICIO SCOLASTICO. DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE DEL 17 GIUGNO 2009, N. 265.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sessa Aurunca;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ati Controinteressata Srl-Antonio Resta e C Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2010 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Col ricorso in epigrafe, notificato il 3 luglio 2009 e depositato l'8 luglio 2009, la Ricorrente s.a.s., impugnava, chiedendone l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari, i seguenti atti, inerenti alla procedura aperta (n. 12/2008) col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal Comune di Sessa Aurunca con determinazione dirigenziale n. 638/09/S.U.T. del 4 novembre 2008 e bando pubblicato il 7 novembre 2008, per l'affidamento dei lavori di "realizzazione di un edificio scolastico, sede di istituto comprensivo di scuola materna, elementare e media, nonché quale polo della zona Toraglie per

accorpamento e dismissione sedi”: a) nota del 18 giugno 2009, prot. n. 78/09, con la quale il Comune di Sessa Aurunca le aveva comunicato la propria classificazione al secondo posto della graduatoria di gara; b) la determinazione dirigenziale n. 265/09/S.U.T. del 17 giugno 2009, con la quale erano stati recepiti i verbali di gara ed era stata disposta l’aggiudicazione definitiva dell’appalto in favore dell’ATI CONTROINTERESSATA s.r.l. – Antonio Resta e C. s.r.l.; c) tutti i verbali di gara; d) gli atti relativi alle giustificazioni dell’offerta rassegnate dall’ATI CONTROINTERESSATA s.r.l. – Antonio Resta e C. s.r.l. il 2 marzo 2009 e l’8 aprile 2009; e) tutti gli atti preordinati, connessi e consequenziali.

Richiedeva, altresì, l’accertamento del proprio diritto all’aggiudicazione.

2. Alla luce delle allegazioni e delle produzioni documentali effettuate in giudizio, la vicenda cui si riferisce l’esperito gravame è, in sintesi, la seguente.

2.1. Nell’ambito della gara de qua, l’ATI CONTROINTERESSATA – Resta si era classificata al primo posto della graduatoria, avendo riportato un punteggio complessivo pari a 92,80 (di cui 62,80 punti per l’offerta tecnica e 30 punti per l’offerta economica), mentre la Ricorrente si era classificata al secondo posto, avendo riportato un punteggio complessivo pari a 70,20 (di cui 65 punti per l’offerta tecnica e 5,20 punti per l’offerta economica).

Più in dettaglio, l’ATI CONTROINTERESSATA – Resta aveva indicato il maggior ribasso, pari al 28,18% sull’importo a base di gara (€ 1.300.000, al netto degli oneri per la sicurezza non ribassabili, quantificati in € 60.000), con conseguente assegnazione del punteggio massimo (30) in relazione all’offerta economica. Il prezzo da essa proposto si era così ragguagliato a € 993.660 (al lordo degli oneri per la sicurezza non ribassabili, pari a € 60.000) (cfr. determinazione dirigenziale n. 265/09/S.U.T. del 17 giugno 2009 ed avviso di aggiudicazione del 17 giugno 2009).

2.2. L'offerta dell'ATI CONTROINTERESSATA – Resta era risultata anomala ai sensi dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in quanto sia i punti riportati in relazione al prezzo (30) sia la somma dei punti riportati in relazione agli altri elementi di valutazione (62,80) avevano superato i 4/5 dei corrispondenti punteggi massimi (rispettivamente, 30 e 70) previsti dalla lex specialis di gara.

Al riguardo, la commissione giudicatrice, non avendo ritenuto le giustificazioni preventive ex art. 86, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame) sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta dell'impresa prima classificata, aveva stabilito di procedere alla verifica in contraddittorio ai sensi del successivo art. 88 (cfr. verbale di gara n. 7 del 18 febbraio 2009).

Con nota del 20 febbraio 2009, prot. n. 19/09, la stazione appaltante aveva, pertanto, richiesto alla ditta concorrente “di fornire tutte le giustificazioni che ritenga utili rispetto al ribasso offerto ... considerato, per di più, che ... ha offerto per la realizzazione dell'opera di che trattasi il prezzo complessivo di € 993.660, rispetto ad una previsione di € 1.456.843,59, comprensiva delle migliori offerte”.

Avendo reputato insufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta anche le precisazioni rassegnate il 2 marzo 2009 (prot. n. 5235) in riscontro alla nota del 20 febbraio 2009, prot. n. 19/09, la commissione giudicatrice aveva stabilito di convocare l'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, affinché indicasse ogni ulteriore elemento giustificativo dell'offerta ed esibisse la relativa documentazione esplicativa.

Nell'assolvere alla richiesta in tal senso formulata dalla stazione appaltante con le note del 26 marzo 2009, prot. n. 37/09, e del 31 marzo 2009, prot. n. 40/09, l'interpellata impresa concorrente si presentava all'audizione dell'8 aprile 2009, producendo documentazione integrativa, volta a dimostrare la congruità della

propria offerta (analisi di tutte le voci del computo metrico globale; dimostrazione concreta dei prezzi praticati dai fornitori dei materiali costruttivi).

2.3. In tale occasione, il responsabile unico del procedimento e presidente della commissione giudicatrice aveva richiesto all'ATI CONTROINTERESSATA – Resta chiarimenti in ordine alla fornitura dei materiali, quali, segnatamente, il ferro e l'acciaio, nonché alla manodopera da impiegare (cfr. verbale di gara n. 10 dell'8 aprile 2009).

Successivamente, lo stesso r.u.p. e presidente della commissione giudicatrice aveva redatto una relazione sull'attendibilità dell'offerta in scrutinio, la quale evidenziava profili di incongruenza nei costi indicati dalla ditta concorrente.

In particolare, stando alla citata relazione:

- il costo della manodopera risultava essere inferiore a quello determinato dalle tabelle ministeriali relative all'anno 2008;
- il costo dell'acciaio tondo per cemento armato era stato quantificato in €/Kg 0,21, anziché in €/Kg 0,44, così come fissato nel listino settimanale dei prezzi all'ingrosso sul mercato di Brescia, aggiornato al 1° dicembre 2008,
- il costo del previsto solaio in polistirene (€/mq 15,30) non avrebbe tenuto conto della parte sotto travetto di cm 4 e sarebbe stato, quindi, calcolato con riferimento ad un pannello avente una sezione pari a cm 20, anziché a cm 24;
- il costo dell'articolo "cls Rck 30 n./mmq – xc1 – xc2 – S4" (€/mc 51,00) non avrebbe tenuto conto della necessità di ql 3,5 di cemento tipo 4.25 per ottenere una simile tipologia di conglomerato cementizio, nonché dell'incidenza della pompa, e sarebbe risultato, quindi, inferiore a quello correttamente individuabile in €/mc 57,95;
- i costi dei materiali quantificati dall'impresa concorrente nelle singole analisi dei prezzi, al netto degli utili e delle spese generali, sarebbero stati inferiori a quelli indicati dalle ditte fornitrici;

- non sarebbe stata, infine, considerata l'incidenza dello sfrido e del tiro in alto dei materiali.

2.4. Alla stregua dei ragguagli resi dal r.u.p. e presidente della commissione giudicatrice, quest'ultima disponeva un approfondimento istruttorio, volto ad ottenere dai fornitori dell'ATI CONTROINTERESSATA – Resta la conferma delle condizioni contrattuali praticate a quest'ultima (cfr. verbale di gara n. 11 del 18 maggio 2009).

In esito a tale approfondimento, l'organo tecnico di valutazione aveva rilevato che:

- le ditte Beton Ducale s.r.l., Salzillo s.r.l., Forest Legnami s.r.l., Ital Legno s.r.l., Omnimpianti s.r.l., Kone s.p.a., Dm. G. Marmi s.r.l., SCOIN s.r.l., Siderurgica Dario Leali s.p.a. si erano pronunciate in senso affermativo; - la Edil Carano s.r.l. aveva comunicato di non poter confermare le condizioni praticate alla CONTROINTERESSATA e di aver interrotto, a partire dal mese di gennaio 2009, i rapporti commerciali con la stessa; - la S.I.E.M s.r.l. non aveva fornito riscontro al quesito.

2.5. Nella seduta di gara del 27 maggio 2009, dopo aver vagliato le risposte rese dalle ditte fornitrici dell'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, nonché le riserve ulteriormente manifestate dal r.u.p. e presidente, e pur avendo ravvisato caratteri "bordeline" nell'offerta scrutinata, la commissione giudicatrice aveva ritenuto "accettabili" le giustificazioni rese a suffragio della relativa congruità. Conseguentemente, aveva deliberato a maggioranza di confermare l'aggiudicazione all'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, suggerendo alla stazione appaltante, "in considerazione di quanto precedentemente affermato sulla situazione 'bordeline'", "di prestare particolare attenzione al successivo implementamento esecutivo e di attivare tutti i meccanismi di controllo, atti a garantire la qualità dell'opera a farsi, a partire primariamente dalla valutazione del processo costruttivo" (cfr. verbale di gara n. 12 del 27 maggio 2009).

2.6. Le conclusioni raggiunte dall'organo tecnico di valutazione erano state, infine, recepite dall'impugnata determinazione dirigenziale n. 265/09/S.U.T. del 17 giugno 2009, che aveva, quindi, disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'ATI CONTROINTERESSATA – Resta.

3. In relazione alle vicende dianzi illustrate, venivano formulate, col ricorso in epigrafe, le seguenti doglianze avverso le determinazioni assunte dall'amministrazione intimata.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, punti 1.23 e 1.24, e 4, punto 2, lett. b, del disciplinare di gara. Eccesso di potere per contraddittorietà e per assoluto difetto di istruttoria.

In maniera contraddittoria, l'ATI CONTROINTERESSATA – Resta avrebbe reso entrambe le attestazioni – richieste, in alternativa, a pena di esclusione dalla lex specialis di gara – di 'non essersi avvalsa' e 'di essersi avvalsa' del piano individuale di emersione di cui alla l. 18 ottobre 2001, n. 383.

2-4-5. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione. Violazione del giusto procedimento. Violazione del principio di concentrazione delle sedute di gara.

a) Essendosi articolato in quattro sedute e protratto per oltre quattro mesi (dal 18 febbraio 2009 al 29 maggio 2009) il subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta presentata dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, non sarebbero stati osservati i termini perentori per la presentazione delle giustificazioni, fissati dall'art. 88, commi 2, 3 e 4, del d.lgs. n. 163/2006 (nella versione applicabile ratione temporis alla fattispecie in esame), e sarebbe risultato, nel contempo, violato il principio di concentrazione delle sedute di gara.

Per di più, non sarebbe stata verbalizzata dalla commissione giudicatrice l'adozione di idonee misure di custodia e di conservazione, a presidio dell'integrità e della segretezza della documentazione relativa al subprocedimento in parola.

b) Il costo orario della manodopera indicato dall'impresa aggiudicataria denoterebbe un significativo scostamento da quello fissato dalle tabelle ministeriali (€ 20,93, a fronte di € 23,82 per operaio specializzato; € 19,63, a fronte di € 22,27 per operaio qualificato; € 17,90, a fronte di € 20,22 per operaio comune).

c) Il costo dell'acciaio tondo per cemento armato (corrispondente a base + trasporto + extradiametro) sarebbe stato quantificato in €/Kg 0,21, anziché in €/Kg 0,42, così come fissato nel listino settimanale dei prezzi all'ingrosso pubblicato dalla Camera di commercio di Brescia.

Il costo del conglomerato cementizio "cls Rck 30 n./mmq – xc1 – xc2 – S4" sarebbe stato quantificato in €/mc 54,53, mentre, contraddittoriamente, in sede di analisi del prezzo relativo al solaio misto di cemento armato e laterizio per strutture piane, sarebbe stato quantificato in €/mc 63.

d) Illegittimamente, la commissione giudicatrice si sarebbe limitata a richiedere alle ditte fornitrici dell'aggiudicataria la conferma dei preventivi da quest'ultima esibiti, senza accertarne l'intrinseca serietà e attendibilità.

e) Per di più, a ulteriore riprova dell'incongruità dell'offerta formulata dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, alcuni dei cennati preventivi neppure sarebbero stati confermati dalle imprese fornitrici.

f) In presenza dei denunciati indici di anomalia, di un'offerta espressamente definita "borderline" e del consistente ribasso proposto dall'impresa aggiudicataria, l'organo tecnico di valutazione non avrebbe adeguatamente motivato il proprio giudizio di congruità, essendosi limitato a rilevare apoditticamente l'attendibilità della predetta offerta.

g) Non solo. Da un lato, avrebbe contraddittoriamente raccomandato alla stazione appaltante di sorvegliare la corretta esecuzione dei lavori aggiudicati, mostrando, così, di paventare l'inaffidabilità dell'offerta dell'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, e, d'altro lato, avrebbe ommesso di illustrare le ragioni del diviso superamento delle obiezioni sollevate su di essa dal presidente, nonché r.u.p.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Incompetenza.

Una volta concluse le operazioni concorsuali, la commissione giudicatrice sarebbe risultata incompetente a svolgere la verifica dell'anomalia dell'offerta, che avrebbe dovuto essere effettuata dalla stazione appaltante per il tramite del r.u.p.

4. Costituitisi sia il Comune di Sessa Aurunca sia la CONTROINTERESSATA, quale mandataria della costituenda ATI con la Resta, eccepivano l'infondatezza del gravame esperito ex adverso, del quale richiedevano, quindi, il rigetto.

5. Successivamente, in esecuzione del decreto presidenziale n. 21 del 18 agosto 2009, l'amministrazione resistente depositava in giudizio la documentazione prodotta in gara dalla controinteressata e gli atti del subprocedimento per la verifica di anomalia dell'offerta presentata da quest'ultima.

Avverso gli atti conosciuti in esito all'assolvimento di tale incombenza istruttorio – avvenuto il 27 ottobre 2009 –, la ricorrente proponeva motivi aggiunti, notificati il 26 novembre 2009 e depositati il 4 dicembre 2009.

6. A supporto, deduceva le seguenti censure.

1. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e, in particolare, dell'art. 2, punto 2, dell'atto di integrazione e di esplicitazione del bando e del disciplinare di gara n. 12/2008, prot. n. 2253/08/S.U.T., del 21 novembre 2008. Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria ed errore sui presupposti.

La controinteressata avrebbe ommesso di produrre in gara il quadro di confronto delle migliori proposte, richiesto a pena di esclusione dal comb. disp. artt. 1,

punto 2.II, del disciplinare di gara e 2, punto 2, dell'atto di integrazione e di esplicitazione del bando e del disciplinare di gara n. 12/2008, prot. n. 2253/08/S.U.T., del 21 novembre 2008.

2. Stessa censura sub 1 sotto diverso profilo. Contraddittorietà e perplessità dell'azione amministrativa.

a) Alla stregua della perizia tecnica versata in atti dalla Ricorrente il 4 dicembre 2009, l'importo giustificato dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta in sede di verifica in contraddittorio dell'anomalia della propria offerta si ragguaglierebbe a € 990.515,91, al netto degli oneri per la sicurezza. Cosicché il corrispondente ribasso effettivo e giustificato sarebbe pari al 23,81% del prezzo posto a base di gara (€ 1.300.000), anziché al 28,18% dichiarato dall'aggiudicataria.

b) Il costo dell'acciaio tondo per cemento armato (corrispondente a base + trasporto + extradiametro), così come quantificato in €/Kg 0,21 dalla controinteressata, colliderebbe con quello fissato in €/Kg 0,466 dal listino settimanale dei prezzi all'ingrosso pubblicato dalla Camera di commercio di Brescia, in €/Kg 0,42 dalla stessa ATI CONTROINTERESSATA – Resta in corrispondenza della voce n. 13 (E.04.020.010.b: solaio piano coibentato) dell'analisi dei prezzi e in €/Kg 0,506 dalla fornitrice Siderurgica Leali s.p.a.

Il costo dell'articolo “cls Rck 30 n./mmq – xc1 – xc2 – S4” sarebbe stato erroneamente quantificato in €/mc 51,00, non essendosi tenuto conto della necessità di ql 3,6 di cemento tipo 4.25 per ottenere una simile tipologia di conglomerato cementizio, nonché dell'incidenza della pompa, e sarebbe risultato, così, inferiore a quello correttamente individuabile in €/mc 60,62 e, comunque, a quelli (€/mc 54,55 e €/mc 62,00) indicati dalla stessa ATI CONTROINTERESSATA – Resta in corrispondenza delle voci n. 8 (E.03.010.030.a: conglomerato cementizio in elevazione) e n. 12 (E.04.010.020.e:

solaio misto di cemento armato e laterizio per strutture piane) dell'analisi dei prezzi.

Il costo del previsto solaio in polistirene sarebbe stato erroneamente determinato in €/mq 15,30, anziché in €/mq 18,36, per non essersi tenuto conto della parte sotto travetto di cm 4 e per essere stato, quindi, calcolato con riferimento ad un pannello avente una sezione pari a cm 20, anziché a cm 24.

c) La sommatoria delle singole voci di prezzo, al netto degli utili e delle spese generali, sarebbe, peraltro, inferiore al prezzo indicato da ciascuna ditta fornitrice.

Ed ancora, non sarebbe stata computata l'incidenza economica dello sfrido e del tiro in alto dei materiali.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, comma 3 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per assoluto difetto di istruttoria.

L'ATI CONTROINTERESSATA – Resta non avrebbe fornito alcuna giustificazione in ordine agli scostamenti dei costi della manodopera da essa previsti rispetto a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali relative all'anno 2008 (€ 20,93, a fronte di € 24,87 per operaio specializzato; € 19,63, a fronte di € 23,20 per operaio qualificato; € 17,90, a fronte di € 21,03 per operaio comune).

Ed illegittimamente avrebbe applicato le tabelle vigenti all'epoca della redazione del progetto posto a base di gara, anziché quelle vigenti al momento della presentazione dell'offerta, alle quali avrebbe dovuto fare correttamente riferimento in vista dell'esecuzione dell'appalto.

Anche in considerazione di tali indici di anomalia, l'offerta dell'impresa aggiudicataria sarebbe risultata, nel suo complesso, inattendibile.

4. Stessa censura sub 3 sotto diverso profilo. Eccesso di potere per contraddittorietà e difetto assoluto di motivazione. Sviamento di potere.

La commissione giudicatrice avrebbe omesso di illustrare le ragioni del divisato superamento delle perplessità emerse, nel corso del subprocedimento di verifica di anomalia, circa l'attendibilità dell'offerta della controinteressata.

7. L'ATI CONTROINTERESSATA – Resta replicava ai motivi aggiunti proposti dalla Ricorrente.

8. All'udienza pubblica del 7 aprile 2010, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Dovendosi disattendere, alla luce di Cass., sez. un., 10 febbraio 2010, n. 2906, l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla controinteressata e venendo all'esame del merito, destituiti di fondamento fattuale si rivelano sia il primo dei motivi del ricorso introduttivo sia il primo dei motivi aggiunti.

A differenza di quanto assume la Ricorrente, e come emerge perspicuamente dalla documentazione esibita in sede concorsuale e depositata in giudizio il 17 luglio 2009 e il 9 gennaio 2010 dalla controinteressata:

- sia il legale rappresentante della capogruppo CONTROINTERESSATA sia il legale rappresentante della mandante Resta hanno correttamente e univocamente attestato, barrando la corrispondente casella e annullando quella alternativa, che le imprese da essi rispettivamente rappresentate non si sono avvalse del piano di emersione di cui alla l. n. 383/2001;

- l'ATI CONTROINTERESSATA – Resta ha regolarmente allegato all'offerta il quadro di confronto delle migliori proposte, richiesto a pena di esclusione dal comb. disp. artt. 1, punto 2.II, del disciplinare di gara e 2, punto 2, dell'atto di integrazione e di esplicitazione del bando e del disciplinare di gara n. 12/2008, prot. n. 2253/08/S.U.T., del 21 novembre 2008.

2. Venendo ora al secondo motivo di originario gravame, va, in primis, esclusa la denunciata violazione dei termini fissati dall'art. 88, commi 2, 3 e 4, del d.lgs. n

163/2006 per la presentazione delle giustificazioni, nonché del principio di concentrazione delle sedute di gara.

In punto di fatto, e in disparte il rilievo che i termini in parola non sono normativamente qualificati come perentori (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2006, n. 3114; sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1018, TAR Campania, Napoli, sez. I, 26 febbraio 2009, n. 1116; contra, TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 marzo 2008, n. 2502), deve obiettarsi che l'ATI CONTROINTERESSATA – Resta: - ha presentato alla stazione appaltante le giustificazioni richieste in data 2 marzo 2009 (prot. n. 5235), ossia entro il termine di 10 giorni previsto dal comma 2 del citato art. 88, decorrente dal ricevimento della nota del 20 febbraio 2009, prot. n. 19/09 (avvenuto in data 26 febbraio 2009) (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.2); - a seguito della convocazione disposta con nota del 26 marzo 2009, prot. n. 37/09, e differita con nota del 31 marzo 2009, prot. n. 40/09, si è puntualmente presentata all'audizione dell'8 aprile 2009, contemplata dal comma 4 del citato art. 88, esibendo in tale sede – come prescritto – documentazione integrativa, volta a dimostrare la congruità della propria offerta.

Nessuna violazione, dunque, dei termini fissati dall'art. 88, commi 2, 3 e 4, del d.lgs. n. 163/2006 per la presentazione delle giustificazioni.

E nessuna violazione del principio di concentrazione delle sedute di gara.

A tale ultimo riguardo, occorre rimarcare che motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria relativa alla verifica delle offerte ritenute anomale ben possono fondare la dilatazione dei tempi procedurali (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514).

E, più in generale, giova rammentare che il principio di continuità della procedura ad evidenza pubblica ha valenza solo orientativa, potendo essere derogato sia in ragione della complessità delle operazioni di gara (quali, appunto, quelle ricomprese nel subprocedimento di verifica di anomalia), sia in presenza di

situazioni particolari che impediscano la concentrazione delle stesse operazioni in una sola seduta (quale, appunto, l'insufficienza delle giustificazioni esaminate) (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360; TAR Campania, Napoli, sez. I, 13 giugno 2006, n. 6945; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2006, n. 12468).

Ed invero, il principio di continuità e concentrazione della gara, che pure costituisce esplicazione dei più generali principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'operato dell'amministrazione e che è finalizzato a garantire che le attività concorsuali si svolgano in modo imparziale, nel rispetto della par condicio dei candidati, può in concreto subire eccezioni in quelle particolari situazioni che – come nel caso di specie – obiettivamente impediscono la conclusione delle operazioni di gara in una sola seduta (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 9 gennaio 2007, n. 29).

Le esigenze di celerità e di regolarità delle operazioni di gara, sottese al principio di continuità delle stesse, non sono, pertanto, da considerarsi lese nelle ipotesi – quale, appunto, quella dedotta nel presente giudizio – in cui vi siano prolungamenti temporali non immotivati, ma indotti dall'esigenza, ravvisata dalla commissione giudicatrice, di svolgere adeguati approfondimenti istruttori.

Come già evidenziato, l'invocato principio di continuità e concentrazione riveste, d'altronde, natura meramente tendenziale e va interpretato in maniera flessibile, in relazione alla complessità delle attività poste in essere – senz'altro, particolarmente accentuata nel caso del subprocedimento di verifica di anomalia nell'ambito di una gara da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa –, la quale, impedendo l'esaurimento delle operazioni concorsuali entro una sola seduta o entro poche sedute ravvicinate (in ragione delle articolate valutazioni da effettuare e degli elementi da acquisire nell'imprescindibile contraddittorio con

l'impresa interessata), è, di per sé, idonea a giustificare la deroga al predetto principio.

3. Quanto, poi, all'assunto – avanzato sempre nel secondo motivo di ricorso originario – di mancata verbalizzazione dell'adozione di idonee misure di custodia e di conservazione, a presidio dell'integrità e della segretezza delle giustificazioni rese dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, neppure esso coglie nel segno.

Simili misure sono da ritenersi funzionalmente preordinate a garantire la par condicio dei concorrenti e il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, attraverso l'integrità e la segretezza delle offerte in competizione, e non già delle giustificazioni, che vengono acquisite e valutate dalla stazione appaltante nel contraddittorio individuale instaurato con l'aggiudicatario provvisorio successivamente all'esame delle offerte presentate ed alla formazione della graduatoria di gara.

In altri termini, il subprocedimento di verifica di anomalia, proprio perché connotato dall'elaborazione progressiva del giudizio di congruità o non congruità della prima migliore offerta, dall'apporto dialettico e collaborativo del relativo proponente e perfino dall'esercizio di poteri istruttori ufficiosi da parte della stazione appaltante (cfr. cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 490; sez. VI, 5 luglio 2006, n. 4261), non esige quella stessa rigida cristallizzazione e intangibilità della documentazione prodotta in sede di offerta, che, posta a presidio della par condicio dei concorrenti, viene assicurata mediante l'adozione delle cennate misure di custodia e di conservazione.

4. Privo di pregio è anche il terzo motivo di ricorso originario, col quale viene lamentata l'incompetenza della commissione giudicatrice in ordine alla verifica dell'anomalia dell'offerta, che avrebbe dovuto essere effettuata dalla stazione appaltante per il tramite del r.u.p.

In base all'orientamento giurisprudenziale prevalente, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, una simile valutazione è compito che spetta alla commissione giudicatrice, e non ad un ufficio dell'amministrazione, anche se tale ufficio risulta competente nel settore cui attiene l'oggetto della gara. L'ufficio può, infatti, esprimere pareri di ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili all'apprezzamento delle offerte, ma non può esprimere il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte, rimesso ad un'apposita commissione (in questi termini, Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2579; 3 marzo 2003, n. 1181; 5 luglio 2006, n. 4267; TAR Liguria, Genova, sez. I, 22 luglio 2005, n. 1081; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 dicembre 2005, n. 2441; TAR Lazio, Latina, 19 gennaio 2007, n. 45;).

In senso contrario a quanto assunto da parte ricorrente, la commissione giudicatrice può, cioè, essere coadiuvata da un ufficio dell'amministrazione e da un apposito staff tecnico, per la fase di verifica di anomalia delle offerte, ma è necessario, ai fini della legittimità delle successive determinazioni, che l'attività di ufficio o di staff si connoti per il suo carattere istruttorio, preparatorio e meramente strumentale, senza risolversi in valutazioni tecnico-discrezionali in cui manchi il necessario momento di 'riappropriazione' dell'esercizio della competenza ad opera dell'organo cui la stessa indefettibilmente spetta (Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 631; TAR Puglia, Bari, sez. I, 5 aprile 2004, n. 1726; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 dicembre 2005, n. 2441).

D'altronde, posto che la verifica in parola costituisce un subprocedimento del procedimento di gara, in linea di principio è proprio alla commissione giudicatrice che tale compito deve – in difetto di previsioni di segno contrario – reputarsi attribuito: se, infatti, la funzione dell'organo tecnico di valutazione è quella di individuare l'impresa che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa ai fini dell'aggiudicazione alla stessa della gara, la verifica dell'anomalia dell'offerta –

che è operazione propedeutica e strumentale all'aggiudicazione – non può non rientrare nella sua competenza (cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 maggio 2007, n. 450).

A sostegno di tale conclusione si rileva che la commissione giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560), e non una figura organizzativa autonoma e distinta rispetto ad essa (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 358), tant'è che la sua attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita dall'amministrazione. In particolare, essa, in quanto organo di natura essenzialmente tecnica, ed essendo investita dello specifico compito di esaminare e valutare le offerte presentate dai concorrenti, allo scopo di individuare il miglior concorrente possibile, svolge, nell'interesse della stazione appaltante, una funzione preparatoria e servente, che culmina nell'aggiudicazione provvisoria. In tale specifica fase procedimentale si colloca il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta che, incentrandosi su valutazioni di natura tecnico-discrezionale, è logicamente effettuato proprio dalla commissione, spettando poi all'amministrazione aggiudicatrice il potere di valutare e decidere se approvare o meno gli atti della commissione e di provvedere, quindi, all'aggiudicazione definitiva (cfr. TAR Marche, Ancona, 16 giugno 2003, n. 605; TAR Puglia, Bari, sez. I, 7 gennaio 2004, n. 5).

In questo senso depone il tenore dell'art. 88, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, che attribuisce alla stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui al precedente art. 5, il compito di esaminare gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite. E la giurisprudenza ha, in merito, precisato che la commissione tecnica di cui all'art. 88, comma 3, cit. può ben coincidere con la commissione giudicatrice, laddove questa sia già costituita ed operante (cfr. TAR Lazio, Latina, 19 gennaio 2007, n. 45; Roma, sez. III quater, 13 febbraio 2008, n.

1264; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 maggio 2007, n. 450; TAR Campania, Napoli, sez. II, 31 maggio 2007, n. 5891); il che si verifica allorché le operazioni di gara non siano totalmente esaurite.

Invero, in difetto di una disposizione normativa oppure di una espressa previsione della *lex specialis* di gara che disponga in senso contrario, la questione va risolta in base ai principi generali che regolano i compiti della commissione giudicatrice, come recepiti e precisati dalla giurisprudenza.

Al riguardo, si è chiarito che il discrimen tra la competenza della commissione giudicatrice e quella degli organi ordinari dell'amministrazione appaltante è segnato dalla formale chiusura della gara pubblica e che, pertanto, prima di tale momento, è il suddetto organo temporaneo e straordinario a dover provvedere a tutti gli adempimenti necessari, ivi compresa la verifica delle offerte sospette di anomalia (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 6 settembre 2000, n. 413; TAR Campania, Napoli, sez. II, 31 maggio 2007, n. 5891).

Ebbene, il momento della formale chiusura della gara è identificabile in quello in cui la stazione appaltante, appropriandosi degli atti posti in essere, ne suggella gli esiti con l'approvazione e con l'aggiudicazione definitiva (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 5 aprile 2002, n. 1883).

Fino a quel momento, non ancora intervenuto all'epoca della seduta di gara del 27 maggio 2009 (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.5), non vi sarebbe stata ragione di negare alla commissione giudicatrice designata dal Comune resistente, in possesso delle necessarie cognizioni tecniche, di verificare la congruità delle offerte economiche già scrutinate.

5. Fondati sono, invece, il secondo dei motivi di originario gravame e il terzo dei motivi aggiunti, nella parte in cui denunciano l'ingiustificato scostamento del costo orario della manodopera indicato dalla controinteressata rispetto a quello fissato

nelle tabelle ministeriali vigenti nell'anno 2008, ossia all'epoca di partecipazione alla gara.

5.1. In proposito, giova rammentare che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, sono anomale solo le offerte che si discostano in misura rilevante dai valori risultanti dalle tabelle ministeriali.

I dati risultanti dalle tabelle de quibus non costituiscono, infatti, parametri assoluti e inderogabili, ma, precipuamente nella sezione relativa alle ore medie annue non lavorate, indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, ben suscettibili di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente, che, evidenziando una particolare organizzazione imprenditoriale, rimettono alla stazione appaltante ogni valutazione tecnico-discrezionale di congruità (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4831; sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847; TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2005, n. 1835; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11 novembre 2005, n. 3972; Brescia, sez. I, 9 luglio 2007, n. 621; 23 ottobre 2007, n. 915; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 28 settembre 2007, n. 1765; 26 gennaio 2010, n. 8; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 28 novembre 2007, n. 3223; TAR Trentino Alto Adige, Trento 23 giugno 2008, n. 154; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 5 novembre 2008, n. 2770). Conseguentemente, è da reputarsi ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché il divario non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 ottobre 2003, n. 8421; 2 marzo 2006, n. 1598; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 28 settembre 2007, n. 1765). In altri termini, le tabelle ministeriali sul costo del lavoro hanno introdotto un parametro certo cui riferire la valutazione di anomalia delle offerte, ma non nel senso di autorizzare l'esclusione automatica di quelle che contengono valori inferiori a quelli minimi, bensì nel senso di impedire l'allegazione di giustificazioni

sulla remuneratività dell'offerta riferite alle tariffe sul costo del lavoro e di precludere alle amministrazioni di tenere conto di quelle eventualmente prodotte.

Del resto, ammettere una sorta di automatica incongruità dell'offerta costituirebbe un'ingiustificata tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, ben potendo questi ultimi comunque risultare preservati in virtù di particolari condizioni operative dell'azienda o di benefici premiali che consentano aliunde la conservazione di equivalenti livelli di loro salvaguardia; per converso, solo attraverso un contraddittorio tra amministrazione ed impresa è possibile attuare quella funzione di partecipazione piena e costruttiva al procedimento che consente alla seconda di esercitare in modo pieno il proprio diritto di iniziativa economica privata, armonizzandolo con il perseguimento del pubblico interesse, sia in termini della migliore offerta sotto il profilo economico, sia dal punto di vista della sua compatibilità con altri interessi pubblici da valutare comunque nell'ambito dell'iter procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949; sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217).

5.2. Tanto premesso in via di principio, si appalesa, innanzitutto, apprezzabile il divario denunciato nella specie dalla ricorrente tra i parametri tabellari vigenti all'epoca della presentazione dell'offerta (2008) e il costo orario della manodopera indicato dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, che risulta ancorato ai valori risalenti al 2006: € 20,93, a fronte di € 24,87 per operaio specializzato; € 19,63, a fronte di € 23,20 per operaio qualificato; € 17,90, a fronte di € 21,03 per operaio comune.

Ebbene, pur dovendosi ribadire che la stazione appaltante non era vincolata all'esclusione automatica dell'offerta non conforme ai parametri dettati dalle tabelle ministeriali (cfr. retro, sub n. 5.1), essa non avrebbe potuto, comunque, prescindere dagli stessi, fino a disattenderli e vanificarne la portata, trascurando il

dato, in sé rilevante, della considerevole entità dello scostamento emerso quanto al costo della manodopera.

5.3. Per di più, in ordine a tale scostamento, nessuna puntuale giustificazione figura rassegnata dall'impresa aggiudicataria in sede di verifica in contraddittorio dell'anomalia della relativa offerta. Puntuale giustificazione che unicamente avrebbe potuto elidere il destato sospetto di anomalia.

5.4. Infine, non è accreditabile, in senso contrario, la tesi propugnata dalla controinteressata, secondo cui il costo della manodopera sarebbe stato correttamente riferito, in sede di formulazione dell'offerta, a quello valevole nell'anno 2006 ed utilizzato nell'anno 2007 per il calcolo dell'importo a base di gara, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006.

Una simile tesi finirebbe, infatti, per tradire l'obiettivo perseguito dai principi e dalle regole invalsi nell'ordinamento con riguardo alla valutazione del costo del lavoro nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

In particolare, il raccordo ai parametri tabellari, previsto dal comma 2, lett. g, dell'art. 87, e l'intangibilità dei trattamenti salariali minimi inderogabili, sancito dal successivo comma 3, sono posti a presidio sia della serietà dell'offerta e della corretta esecuzione delle prestazioni appaltate sia dell'adeguatezza delle spettanze retributive dovute ai lavoratori.

Sotto il secondo profilo, va rimarcato lo scopo di evitare che il confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti ad una gara si svolga sul terreno del costo della manodopera, a discapito delle garanzie economiche a tutela di quest'ultima.

Ora, le finalità sopra delineate resterebbero, in sostanza, frustrate, se l'offerente quantificasse il costo del lavoro, riconnettendo efficacia ultrattiva a quello valevole anteriormente al momento della partecipazione alla procedura concorsuale, ossia,

segnatamente, a quello contestuale alla fase di predisposizione della documentazione di gara e di determinazione dell'importo a base d'asta.

Ed invero, in questo modo, la retribuzione dovuta alla manodopera si rivelerebbe già ab origine inadeguata rispetto a quella in concreto spettante nel corso dell'esecuzione del contratto e, come tale, precluderebbe in radice di effettuare correttamente le prestazioni appaltate.

A scongiurare siffatta implicazione aberrante, TAR Puglia, Bari, sez. I, 9 settembre 2009, n. 2061 ha affermato che, se la verifica di anomalia deve tendere ad accertare in concreto la serietà ed affidabilità del prezzo offerto, la stazione appaltante può e deve esigere giustificazioni sul costo del personale da impiegare, sulla base del contratto collettivo di lavoro che l'impresa appaltatrice dovrà effettivamente applicare a partire dal primo giorno di svolgimento del servizio, addirittura quand'anche il contratto collettivo non sia stato ancora trasfuso nelle tabelle ministeriali.

Né vale obiettare – come pure tenta l'ATI CONTROINTERESSATA – Resta – che la determinazione dell'importo a base d'asta andrebbe contestata, a pena di decadenza, già dal momento della pubblicazione della lex specialis e che, ove non tempestivamente censurata, vincolerebbe le imprese candidate nella formulazione dell'offerta.

Ad un simile argomento è agevole replicare che rispetto all'importo a base d'asta sono, in ogni caso, enucleabili margini di modulazione del ribasso, in modo da preservare valori intangibili, quale il costo della manodopera, e che l'eventuale rincaro di quest'ultimo tra la fase di predisposizione della documentazione concorsuale e quella di partecipazione alla gara può, al più, essere bilanciato dal contenimento, ad es., del previsto utile di impresa.

6. Ulteriori profili di anomalia dell'offerta sono in parte fondatamente denunciati nel secondo dei motivi di ricorso originario e dei motivi aggiunti.

6.1. Innanzitutto, il costo dell'acciaio tondo per cemento armato (corrispondente a base + trasporto + extradiametro), così come quantificato in €/Kg 0,21 dalla controinteressata in corrispondenza della voce n. 13 (E.03.040.010.a: acciaio in barre per armature di conglomerato cementizio lavorato e tagliato a misura) dell'analisi dei prezzi, non tiene conto dell'incidenza dell'extradiametro e denota un rilevante scostamento (superiore al 100%) rispetto a quello fissato in €/Kg 0,466 dal listino settimanale dei prezzi all'ingrosso pubblicato dalla Camera di commercio di Brescia, nonché in €/Kg 0,42 dalla stessa ATI CONTROINTERESSATA – Resta in corrispondenza della voce n. 13 (E.04.020.010.b: solaio piano coibentato) dell'analisi dei prezzi e in €/Kg 0,506 dalla fornitrice Siderurgica Leali s.p.a.

Scostamento, peraltro, non giustificabile sulla base del preventivo reso dalla fornitrice Edil Carano s.r.l., atteso che quest'ultima – come documentato nel verbale di gara n. 11 del 18 maggio 2009 – aveva comunicato di non poter confermare le condizioni praticate alla CONTROINTERESSATA e di aver interrotto, a partire dal mese di gennaio 2009, i rapporti commerciali con la stessa (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.4).

6.2. Con riferimento alla voce n. 8 (E.03.010.030.a: conglomerato cementizio in elevazione) dell'analisi dei prezzi, il costo del calcestruzzo Rck 30, se, da un lato, appare correttamente calcolato senza tener conto della necessità di ql 3,6 di cemento tipo 4.25, che sussisterebbe soltanto nella differente ipotesi di cui alla voce n. 12 (E.04.010.020.e: solaio misto di cemento armato e laterizio per strutture piane), d'altro lato, non contempla l'incidenza della pompa, da considerare pur sempre in termini di ammortamento e di manutenzione, ove – come, appunto, nella specie – in proprietà dell'impresa appaltatrice.

6.3. La controinteressata non riesce, poi, ad opporre alcun argomento idoneo a sovvertire l'assunto della ricorrente, secondo cui il costo del previsto solaio in polistirene sarebbe stato erroneamente calcolato senza tener conto della parte

sotto travetto di cm 4, e, quindi, con riferimento ad un pannello avente una sezione pari a cm 20, anziché a cm 24.

7. Così come non riesce a smentire compiutamente la censura riportata nel secondo dei motivi aggiunti, in base alla quale l'importo da essa giustificato in sede di verifica in contraddittorio dell'anomalia della propria offerta si ragguaglierebbe a € 990.515,91, al netto degli oneri per la sicurezza, cosicché il corrispondente ribasso effettivo e giustificato sarebbe pari al 23,81% del prezzo posto a base di gara (€ 1.300.000), anziché al 28,18% da essa dichiarato.

Siffatta conclusione trova puntuale fondamento nella perizia tecnica versata in atti dalla Ricorrente il 4 dicembre 2009, dove l'importo di € 990.515,91 viene ottenuto, attraverso un procedimento di calcolo che si presenta logicamente corretto, moltiplicando le quantità offerte in relazione alle singole voci di prezzo per i prezzi rivenienti dalle corrispondenti analisi svolte in sede di giustificazioni di congruità e, poi, sommando tutti i prodotti risultanti da tale operazione.

8. Ancora indicativa dell'inattendibilità dell'offerta dell'ATI CONTROINTERESSATA – Resta è la circostanza – dedotta nel secondo dei motivi aggiunti e rimasta incontestata – che non figura computata l'incidenza economica dello sfrido e del tiro in alto dei materiali.

9. Viceversa, apodittico e non documentato si rivela l'assunto per cui la sommatoria delle singole voci di prezzo, al netto degli utili e delle spese generali, sarebbe inferiore al prezzo indicato da ciascuna ditta fornitrice.

10. La Ricorrente lamenta, poi, nell'ambito del secondo motivo di originario gravame che illegittimamente la commissione giudicatrice si sarebbe limitata a richiedere alla ditte fornitrici dell'aggiudicataria la conferma dei preventivi da quest'ultima esibiti, senza accertarne l'intrinseca serietà e attendibilità.

In proposito, è sufficiente opporre che, in via di principio, la valutazione di congruità ex art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 deve arrestarsi al contenuto

dell'offerta presentata dal concorrente, mentre non può estendersi alle condizioni particolarmente favorevoli praticategli dai fornitori, la cui apparente non remuneratività ben potrebbe, ad es., trovare giustificazione e bilanciamento nel complesso dei rapporti commerciali intercorrenti tra l'uno e gli altri, non delimitabili al contratto posto in gara.

11. Se ciò è vero, è, però, altrettanto vero che l'allegazione non già di preventivi vincolanti per il fornitore, bensì di preventivi non specificamente riferiti alle prestazioni richieste in appalto, non sono, di per sé, idonei a comprovare che il concorrente si avvalga di condizioni particolarmente favorevoli (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 maggio 2002, n. 4438).

Ora, nel caso in esame, è stato già rilevato che la fornitrice Edil Carano s.r.l. – come documentato nel verbale di gara n. 11 del 18 maggio 2009 – ha comunicato di non poter confermare le condizioni praticate alla CONTROINTERESSATA e di aver interrotto, a partire dal mese di gennaio 2009, i rapporti commerciali con la stessa, mentre la S.I.E.M s.r.l non ha confermato le condizioni praticate alla controinteressata (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.4).

Si aggiunga che – come dedotto nel secondo motivo di ricorso originario – la Ital Legno s.r.l., la Forest Legnami s.r.l. e la Siderurgica Dario Leali s.p.a. non hanno rilasciato preventivi specificamente riferiti alle prestazioni previste in appalto, ma si sono limitate a dichiarare genericamente la validità e l'attualità di fatture concernenti rapporti commerciali anteriori e diversi rispetto a quello derivante dall'impugnata aggiudicazione.

12. Oltre al dirimente rilievo dell'ingiustificato scostamento dai parametri dettati dalle vigenti tabelle ministeriali in materia di costo della manodopera (cfr. retro, sub n. 5), gli ulteriori profili di anomalia e di incongruenza scrutinati retro, sub n. 6, 7, 8 e 11 restituiscono un quadro di complessiva inattendibilità dell'offerta

formulata dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta, quale denunciato nel terzo dei motivi aggiunti.

Ed invero, come osservato dalla stessa controinteressata, il giudizio di congruità ex art. 88, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 deve essere globale e sintetico; non deve, cioè, restare circoscritto ad una prospettiva atomistica e parcellizzata delle singole componenti dell'offerta, ma deve investire quest'ultima, in quanto riguardata “nel suo complesso”, onde accertare che il ribasso praticato non si attesti al di là del ragionevole limite segnato dalle leggi di mercato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2000, n. 707; 11 dicembre 2001, n. 6217; 14 gennaio 2002, n. 157; 6 agosto 2002, n. 4094; sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1787; 17 settembre 2007, n. 4837; sez. V, 28 gennaio 2009, n. 466; sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 21 agosto 2002, n. 1091; TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 febbraio 2003, n. 1357; 10 gennaio 2007, n. 92; 31 maggio 2007, n. 5047; TAR Basilicata, Potenza, 5 marzo 2010, n. 104).

13. A fronte dei profili di anomalia e di incongruenza sopra riscontrati, in parte evidenziati nella relazione redatta dal r.u.p. e presidente della commissione giudicatrice (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.3) e in parte vagliati in sede di approfondimento istruttorio disposto nella seduta di gara del 18 maggio 2009 (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.4), l'organo tecnico di valutazione si era indotto a definire ‘borderline’ l'offerta presentata dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta e a raccomandare “di prestare particolare attenzione al successivo implementamento esecutivo e di attivare tutti i meccanismi di controllo, atti a garantire la qualità dell'opera a farsi, a partire primariamente dalla valutazione del processo costruttivo”, per, poi, ritenere, però, tout court “accettabili” le giustificazioni esaminate.

Il giudizio di congruità così espresso si presenta, dunque, inficiato dai vizi di difetto di motivazione e di eccesso di potere per contraddittorietà denunciati col

secondo, quarto e quinto dei motivi di originario gravame, nonché col quarto dei motivi aggiunti.

Al riguardo, il Collegio non ignora che, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ferma restando la necessità di motivare adeguatamente anche il giudizio di accertata congruità dell'offerta (ai fini della sindacabilità dell'iter logico seguito e della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo osservato), tale motivazione può ben essere succinta (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1853) o, addirittura, per relationem alle giustificazioni rassegnate dall'offerente (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 882; sez. V, 28 giugno 2002, n. 3566; sez. VI, 6 agosto 2002, n. 4094; 8 luglio 2003, n. 7275; 8 marzo 2004, n. 1080; sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3554; 15 novembre 2004; sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5314; 23 agosto 2006, n. 4949; sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658; sez. V, 20 maggio 2008, n. 2348; 11 luglio 2008, n. 3481; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 3 gennaio 2007, n. 3; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 17 aprile 2007, n. 1774; TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 febbraio 2008, n. 1026; 19 febbraio 2008, n. 1462; sez. III quater, 7 aprile 2008, n. 2919; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 19 novembre 2007, n. 2858).

Tuttavia, nella specie, proprio le giustificazioni rese dall'ATI CONTROINTERESSATA – Resta non consentivano, di per sé, di avvalorare il giudizio di congruità espresso dalla commissione giudicatrice, avendo lasciato in quest'ultima serie perplessità sull'affidabilità dell'offerta esaminata. Perplessità che avrebbero dovuto essere superate attraverso un puntuale e circostanziato impianto argomentativo, con impegno motivazionale ben più intenso di quello emergente dal verbale di gara n. 12 del 27 maggio 2009 (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.5).

14. In conclusione, stante la ravvisata fondatezza delle censure scrutinate retro, sub n. 6, 7, 8, 11, 12 e 13, il ricorso in epigrafe si presenta fondato e, pertanto, deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti con esso impugnati.

15. Non può essere, viceversa, accolta la domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, atteso che l'effetto derivante dall'accoglimento del gravame consiste nell'elisione degli atti impugnati, mentre restano riservate all'amministrazione le conseguenti determinazioni provvedimenti in merito alla procedura concorsuale de qua.

16. Quanto alle spese di lite, esse devono seguire la soccombenza e, quindi, essere poste a carico delle parti resistenti e controinteressate.

Dette spese vanno liquidate in favore della ricorrente in complessivi € 2.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 1.000,00 a carico, rispettivamente, del Comune di Sessa Aurunca e della CONTROINTERESSATA.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania – Sezione Ottava, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna il Comune di Sessa Aurunca e la CONTROINTERESSATA s.r.l. al pagamento, in favore della Ricorrente s.a.s., delle spese, dei diritti e degli onorari di lite, che si liquidano in complessivi € 2.000,00, da ripartirsi tra le predette parti soccombenti nella egual misura di € 1.000,00 a carico di ciascuna.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO