

Pubblicato il 18/07/2024

N. 01177/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00443/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 443 del 2024, proposto da Co.Rest S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9880650A50, rappresentato e difeso dall'avvocato Elisabetta De Marco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di San Lorenzo Bellizzi, Centrale Unica di Committenza, Ministero dell'Interno, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Basile Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa applicazione di idonea misura cautelare,

- della determina n. 31 del 24.01.2024 resa nota dalla comunicazione prot. 283 del 25.01.2024 avente ad oggetto l'aggiudicazione in favore della Basile Costruzioni srl dei lavori di "Messa in sicurezza del territorio località centro abitato

2^ *stralcio Funzionale*”; nonché di tutti i verbali di gara nella parte in cui attribuiscono i punteggi alle offerte tecniche presentate; nonché ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale, ancorchè non conosciuto;

- per la condanna della p.a. a disporre l'aggiudicazione in favore della ricorrente, quale legittima aggiudicataria, nonché il subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia dello stesso;

- in via subordinata, per la condanna al ristoro del danno subito dalla ricorrente per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della p.a. che si quantifica nella misura dell'utile che ne sarebbe derivato dal contratto oltre interessi e rivalutazione d'acché dovuti e fino al soddisfo ovvero nella diversa maggiore e/o minore somma che dovesse risultare in corso di causa e per la determinazione della quale si chiede sin da ora, in via istruttoria, disporsi idonea CTU, con ulteriore quantificazione del danno da perdita di chance e per danno curriculare ed all'immagine professionale da aggiungere al danno emergente ed al lucro cessante, ed oltre ovviamente alla condanna al pagamento delle somme che la ricorrente ha esborsato per spese sostenute.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Basile Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2024 la dott.ssa Simona Saracino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 26.02.2024 e depositato il 12.03.2024 la società COREST srl è insorta contro l'aggiudicazione in favore della Basile Costruzioni s.r.l. dell'appalto di lavori di “*Messa in sicurezza del territorio località centro abitato 2^ stralcio Funzionale*” oggetto di una procedura di gara indetta dal

Comune di San Lorenzo Bellizzi ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs n. 50/ 2016 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 comma 2 del D. Lgs 50/2016 - importo complessivo pari ad € 736.000,00 (comprensivo degli oneri di sicurezza).

Alla gara partecipavano tre imprese, tra cui l'odierna ricorrente e la controinteressata BASILE costruzioni s.r.l.

All'esito della valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica risultava aggiudicataria la Basile Costruzioni s.r.l. con un punteggio di 98,281, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto con un punteggio di 95,12.

Con nota prot. 283 del 25.01.2024 l'ente comunicava la determina n.31 del 24.01.2024 con la quale aggiudicava la gara alla controinteressata.

Ritenendo illegittima l'aggiudicazione la ricorrente ha impugnato gli atti meglio indicati in epigrafe argomentando la richiesta declaratoria di illegittimità con i seguenti due motivi di diritto:

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITA' ED INGIUSTIZIA MANIFESTA ERRONEA VALUTAZIONE DELL' OFFERTA TECNICA CON RIFERIMENTO AL SUBCRITERIO B.2): sostiene in sintesi la ricorrente che i commissari di gara attribuivano alle due imprese il medesimo punteggio rispetto a tale sub criterio (rispettivamente di 0,7 su un coefficiente da 0 a 1) nonostante le proposte fossero nettamente differenti e, per la precisione, quella della Co.rest. - la quale possiede una struttura organizzativa di molto superiore rispetto all'aggiudicataria - risultava nettamente migliore tanto da inficiare da irragionevolezza e contraddittorietà l'iter valutativo operato dalla Commissione.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COMMA 3 DEL D.LGS 50/2016 NONCHE' DELL'ART. 14 DEL BANDO DI GARA, NONCHE' DELL'ART. 21 DEL DISCIPLINARE DI GARA – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 110 DEL

D.LGS 36/23 - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITA' ED INGIUSTIZIA MANIFESTA: con tale censura la deducente si duole del fatto che sia mancata la verifica dell'anomalia nonostante l'obbligatorietà del procedimento, ai sensi del comma 3 dell'art. 97 del Codice dei contratti pubblici - avendo l'offerta dell'aggiudicatario superato i 4/5 dei punteggi massimi dell'offerta tecnica e dell'offerta economica - nonché la verifica di congruità del costo della manodopera che nell'offerta della controinteressata risulterebbe inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 del suddetto Codice dei contratti pubblici.

La ricorrente ha chiesto inoltre l'annullamento di tutti i verbali di gara nella parte in cui attribuiscono i punteggi alle offerte tecniche presentate nonché di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale, ed ancora, la condanna della p.a. a disporre l'aggiudicazione in suo favore, quale legittima aggiudicataria, nonché il subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia dello stesso.

In via subordinata, ha chiesto, infine, la condanna al ristoro del danno subito per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della p.a. da quantificare nella misura dell'utile che sarebbe derivato dal contratto oltre interessi e rivalutazione d'acché dovuti e fino al soddisfo ovvero nella diversa maggiore e/o minore somma che dovesse risultare in corso di causa e per la determinazione della quale ha chiesto in via istruttoria disporsi idonea CTU, con ulteriore quantificazione del danno da perdita di *chance* e per danno curriculare ed all'immagine professionale da aggiungere al danno emergente ed al lucro cessante, oltre alla condanna al pagamento delle somme sostenute dalla ricorrente per le spese.

2. Le amministrazioni intimata, cui il ricorso è stato ritualmente notificato, non si sono costituite.

3. In data 12.03.2024 si è costituita la controinteressata aggiudicataria sostenendo la correttezza delle valutazioni della CUC sulla scorta di articolate

controdeduzioni.

4. Con ordinanza n. 180/2024 pubblicata in data 21.03.2024 è stata rigettata l'istanza di tutela cautelare interinale.

5. All'udienza del 03 luglio 2024, in vista della quale sono state integrate le già spiegate difese con il deposito di memorie e memorie di replica, la causa è stata spedita in decisione.

6. Ciò premesso, deve essere preliminarmente dichiarata, in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla difesa della controinteressata, l'inutilizzabilità della memoria conclusiva da parte della ricorrente che, dunque, viene stralciata.

6.1. Difatti, come risulta dal sistema, il deposito al fascicolo telematico di tale atto difensivo è stato effettuato in data 17.06.2024, alle ore 17:20:44 in violazione di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 73, comma 1, cod. proc. amm. e dall'ultimo periodo dell'art. 4, comma 4, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, ai sensi del quale, per consolidato orientamento giurisprudenziale, il deposito con il processo amministrativo telematico (PAT) è possibile fino alle ore 24.00, ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 cod. proc. amm., ove avvenga oltre le ore 12:00 (id est, l'orario previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del PAT), si considera - ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche - effettuato il giorno successivo, ed è quindi tardivo.

6.2. Il termine ultimo di deposito alle ore 12:00, quindi, permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore del PAT, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del collegio giudicante (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2024, n. 966; Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 756; Cons. Stato, sez. IV, 29 dicembre 2023, n. 11337).

7. Sempre preliminarmente si ritiene che non possa condividersi l'eccezione sollevata dalla controinteressata di inammissibilità del ricorso per la mancata

impugnazione della determinazione RG n.715 del 23.11.2023.

7.1. Come noto, il Codice n. 50/2016, superando la distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva, presente nel d.lgs. n. 163 del 2006, ha introdotto i tre segmenti procedurali della “*proposta di aggiudicazione*”, “*approvazione della proposta di aggiudicazione*” e “*aggiudicazione*”.

La “*proposta di aggiudicazione*”, formulata dalla commissione giudicatrice è soggetta ad “*approvazione*” dell’organo competente secondo l’ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti (in mancanza dei quali tale termine viene individuato *ope legis* in 30 giorni) (art. 33, comma 1).

L’ “*aggiudicazione*”, invece, costituisce il provvedimento conclusivo della procedura di gara in forza del quale viene attribuito il bene della vita anelato dal partecipante alla procedura di gara.

La “*proposta di aggiudicazione*” pertanto rappresenta un atto endoprocedimentale, come tale, non soggetto ad autonoma impugnazione in quanto atto privo di lesività essendo destinato ad essere superato dall’ “*aggiudicazione*”.

Ugualmente non impugnabile è “*l’approvazione della proposta di aggiudicazione*” che si sostanzia in quell’attività di “*verifica della proposta di aggiudicazione*” prevista dall’art. 32, comma 5, del D.Lgs n. 50/2016, ovvero nell’attività di controllo sulla proposta di aggiudicazione rientrante nel più generale controllo degli atti della procedura attuato dalla stazione appaltante (che autonomamente individua l’organo competente, ovvero, in mancanza, il R.U.P.), disciplinata dall’art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 aprile 2020 n. 2655).

Una volta terminata la suddetta attività di verifica avente ad oggetto la “*proposta di aggiudicazione*”, la stazione appaltante provvede all’ “*aggiudicazione*”, manifestazione di volontà della stazione appaltante autonoma, distinta e necessariamente espressa - che, dunque, si pone a valle dell’intero *iter* e segue “*l’approvazione della proposta di aggiudicazione*” - da ritenersi perfezionata anche

qualora la stazione appaltante non si pronunci nei termini di legge, come previsto testualmente dall'art. 33, comma 1, ultima parte del D.Lgs. n. 50/2016.

In definitiva, dopo “*l'approvazione della proposta di aggiudicazione*”, atto privo di carattere lesivo, che sia essa espressa o tacita, deve comunque necessariamente intervenire “*l'aggiudicazione*”.

7.2. La giurisprudenza ha rimarcato che, dal combinato disposto degli artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, emerge con evidenza la distinzione formale, oltre che logica, dell'approvazione della proposta di aggiudicazione e del provvedimento definitivo di aggiudicazione affermandosi che solo quest'ultimo concretizza e rende attuale l'interesse all'impugnazione (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, sent. 2 aprile 2021 n. 2247).

7.3. Tali assunti non mutano alla luce della più recente giurisprudenza della V Sezione del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 3452/2023, ha rammentato che il Codice dei contratti pubblici n. 50/2016 ha previsto la “*aggiudicazione*” quale provvedimento conclusivo della procedura di affidamento e perciò unico provvedimento impugnabile operando tuttavia talune importanti precisazioni: “*Fermo restando che la proposta di aggiudicazione è atto endo-procedimentale prodromico al provvedimento di aggiudicazione, privo quindi di valore decisivo (Cons. Stato, V, 31 luglio 2019, n. 5428), non costituendo un provvedimento “definitivo” (Cons. Stato, V, 11 gennaio 2022, n. 200) e non essendo perciò autonomamente impugnabile (cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7), la questione controversa attiene alla qualificazione, non tanto della proposta di aggiudicazione, quanto della determinazione dell'organo competente che approva la proposta e, previa tale approvazione, provvede all'aggiudicazione (arg. ex artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016).*

Orbene, quando il provvedimento adottato dall'organo competente si limita all'approvazione della proposta di aggiudicazione, demandando ad un momento successivo, l'aggiudicazione, i principi giurisprudenziali sopra detti sono riferibili anche al provvedimento di approvazione (cui è da intendersi riferito il precedente di Cons. Stato, IV, 7 ottobre 2022, n. 8216).

Infatti, in tale ultima eventualità la determina di (sola) approvazione della proposta di aggiudicazione rimane interna al procedimento, che si conclude soltanto con la determina di aggiudicazione.

Diversamente si deve invece ritenere quando l'organo competente della stazione appaltante, senza esplicitamente provvedere all'approvazione della proposta ovvero provvedendovi contestualmente, provveda (anche) all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5, citato.

Le disposizioni del Codice menzionate, infatti, non impongono alla stazione appaltante una determinata scansione, con atti separati, dei provvedimenti rispettivamente di approvazione della proposta di aggiudicazione e di aggiudicazione, di modo che non si può escludere che essi vengano assunti contestualmente in un unico atto.

Parimenti, non è decisivo il rinvio che nel provvedimento di aggiudicazione venga fatto all'esito della verifica del possesso dei requisiti.

Secondo la puntuale applicazione dell'art. 32, commi 5 e 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 invero l'aggiudicazione, una volta adottata dalla stazione appaltante, previa approvazione della proposta di aggiudicazione, "diviene efficace" dopo la verifica del possesso dei requisiti. Pertanto, la verifica positiva del possesso dei requisiti, secondo il Codice dei contratti pubblici, è condizione di efficacia (non di esistenza, né di validità) del provvedimento di aggiudicazione.

Tuttavia, non si può escludere che, nel caso concreto, l'organo competente della stazione appaltante, piuttosto che condizionare la sola efficacia dell'aggiudicazione alla verifica del possesso dei requisiti, rinvi all'esito di quest'ultima anche l'adozione del provvedimento di aggiudicazione (secondo una condotta prudentziale praeter legem).

In definitiva, la qualificazione dei provvedimenti adottati dall'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante non va condotta in astratto, ma tenendo conto della lettera e del contenuto del singolo provvedimento."

7.4. Va notato, infine, che tale impostazione risulta confermata alla luce di quanto disposto dall'articolo 17, comma 5, del nuovo codice, Decreto legislativo n. 36/2023 il quale prevede, in merito, che: "5. L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la

ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace”.

7.4.1. Ebbene, applicando le esposte coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, rileva il collegio che non sia condivisibile la tesi dell'inammissibilità del gravame per non aver la ricorrente impugnato la determinazione RG n.715 del 23.11.2023, con cui la CUC ha approvato i verbali di gara e la proposta di aggiudicazione atteso che il tenore testuale dell'atto (dove si precisa “*che la graduatoria determinata in sede di gara è valida ai soli fini dell'aggiudicazione provvisoria e subito vincolante per le parti contraenti, fatte salve le verifiche di legge e gli eventuali controlli sulla veridicità delle dichiarazioni prodotte in sede di gara dall'operatore economico risultato primo in graduatoria*”) nonché l'indicazione che seguiranno ulteriori fasi della procedura (“*...il RUP nominato per i lavori in oggetto provvederà: con propria determinazione, previa verifica della proposta di aggiudicazione e previa verifica del possesso dei prescritti requisiti dichiarati in sede di gara, ai sensi dell'articolo 32, comma 7, del D.lgs. 50/2016, all'aggiudicazione che è immediatamente efficace;*”), depongono per la qualificazione giuridica di mero atto interno al procedimento di evidenza pubblica, come tale privo di valenza provvedimentoale e, quindi, non di per sé lesivo, né autonomamente impugnabile.

7.5. E, dunque, la successiva determina di aggiudicazione n. 31 del 24.01.2024 va qualificata quale (unico) atto da impugnare, conclusivo del procedimento e, quindi, lesivo degli interessi della ricorrente rappresentando quest'ultimo l'aggiudicazione efficace adottata a seguito della verifica dei requisiti operata ai sensi dell'art. 32 comma 7 D. Lgs n.50/2016.

8. Passando all'esame dei motivi, occorre fare prima di tutto riferimento ai contenuti delle prescrizioni della *lex specialis* di gara e, segnatamente, del disciplinare, ove, dopo aver prescritto, all'art. 13, recante “*CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE E ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI*”, che “*la migliore offerta viene individuata mediante l'attribuzione di punteggi agli elementi variabili di valutazione delle offerte ammesse in gara. La ripartizione del punteggio, considerando quello massimo di 100 punti, viene attribuito in base ai seguenti elementi: A – Offerta*

Tecnica. 80 B – Offerta Economica. 20 PUNTEGGIO TOTALE 100” vengono stabiliti i criteri per l’attribuzione del punteggio dell’offerta tecnica, i quali risultano così congegnati:

A) CARATTERISTICHE QUALITATIVE – FUNZIONALI (punti fino a 60) secondo i seguenti sub criteri:

A1) Pregio tecnico: *“sarà attribuito un punteggio più elevato a quelle proposte tecniche che mirano al miglioramento delle caratteristiche prestazionali delle opere di progetto, mediante l’utilizzo di materiali innovativi e particolare tecnologie, e che permettano di offrire un valore aggiunto alle opere previste. In particolare, ci si riferisce alla durabilità delle opere progettate e all’incremento dei livelli di sicurezza”*.

A2) Mitigazione impatto ambientale *“sarà attribuito un punteggio più elevato a quelle proposte tecniche che mirano alla minimizzazione dell’impatto ambientale derivante dall’esecuzione degli interventi in progetto, con riferimento anche alla cantierizzazione delle opere e alle operazioni di sistemazione delle aree al termine dei lavori;”*

A3) Manutenzione: *“sarà attribuito un punteggio più elevato a quelle proposte tecniche contenenti misure finalizzate alla riduzione dei costi di gestione e manutenzione, ovvero piano dei controlli e assistenza post operam”* A4) Premialità PNRR *“Miglioramento delle capacità assunzionali delle categorie di lavoratori previste tra le premialità PNRR”*.

B- ASPETTI ORGANIZZATIVI/OPERATIVI (punti fino a 20) secondo i seguenti sub criteri:

B1) Organizzazione e logistica di cantiere *“Sarà attribuito un punteggio più elevato a quelle proposte tecniche che illustrano meglio l’organizzazione di cantiere specificando la struttura fissa al cantiere proposta, le misure atte a realizzare un’efficace organizzative operativa del cantiere stesso (accessi e interferenze con cantiere, viabilità interna, zone di carico e scarico, stoccaggio e smaltimento dei rifiuti, ecc), un’idonea ubicazione e qualità degli uffici logistici e tecnici (uffici, servizi igienici, spazi per il deposito delle attrezzature, dei mezzi d’opera e dei materiali), le risorse e le dotazioni di cantiere. Dovranno, infine, essere definiti gli accorgimenti atti a tutelare le aree di cantiere negli orari di chiusure del cantiere medesimo”*.

B2) ORGANIZZAZIONE E QUALIFICAZIONE DEL PERSONALE

“Sarà attribuito un punteggio più elevato a quelle proposte tecniche che mirano a definire meglio l’organigramma funzionale specifico con indicazione di squadre di lavoro, in numero idoneo correlato alla tipologia tecnica dell’opera, specificando compiti e responsabilità propri di ciascun ruolo previsto per l’esecuzione dell’appalto, con riferimento alle relative personali esperienze pregresse connesse alla specificità del presente appalto. Dovranno, altresì, essere definite le figure che svolgono funzioni specifiche relativamente al rispetto delle normativa sui luoghi di lavoro di cui al D.Lgs n.81/2008 e la relativa organizzazione”.

Per la parte che qui interessa, prevede infine l’art. 20 del medesimo documento della procedura di gara, rubricato *“DETERMINAZIONE DEI PUNTEGGI”* che *“per quanto riguarda gli elementi di valutazione qualitativa, (quali a titolo esemplificativo il pregio tecnico ecc.)”* il punteggio si determina *“attraverso la media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari. I coefficienti, variabili tra zero ed uno, da assegnare a ciascun criterio o sub-criterio avente natura qualitativa saranno determinati: a) mediante l’attribuzione discrezionale da parte di ogni commissario del coefficiente sulla base dei criteri metodologici (motivazionali) specificati nel presente disciplinare e sulla base di una valutazione graduata sulla seguente scala di giudizi: CRITERIO MOTIVAZIONALE COEFFICIENTE non trattato 0 insufficiente 0,1 molto scarso 0,2 Scarso 0,3 Carente 0,4 mediocre 0,5 sufficiente 0,6 Discreto 0,7 Buono 0,8 Ottimo 0,9 eccellente 1,0”*

8.1. Così riportate le prescrizioni di interesse del disciplinare di gara, risulta non condivisibile il primo motivo di ricorso.

8.2. Invero, come pure rilevato in sede cautelare, il punteggio inerente il subcriterio B2 non risultava condizionato al numero di lavoratori impiegati bensì ancorato ad un giudizio qualitativo complessivo di idoneità dell’organigramma rispetto a *“compiti e responsabilità”* nell’opera da eseguire.

8.2.2. Il concetto di idoneità prescinde dal numero di unità di personale da impiegare non avendo la *lex specialis* inteso premiare l’operatore che offrisse di impiegare il maggior numero di addetti alla realizzazione dell’opera, né nell’espressione *“con indicazione di squadre di lavoro, in numero idoneo”* si potrebbe

ritenere implicitamente imposta l'indicazione di "più" squadre di lavoro rispetto ad un unico *team*, ove tale unicità fosse dalla stazione appaltante ritenuta idonea rispetto al progetto da eseguire.

Dall'esame comparato delle due proposte progettuali, poi, emerge che la CO.REST. effettivamente ha posto a disposizione 12 lavoratori suddivisi in 3 squadre ma per taluni di questi ha indicato un unico, specifico ruolo (ad esempio per il Sig. Piluso Roberto, incluso nella prima squadra, il ruolo di "Muratore", per il Sig. Esposito Giuseppe, componente potenziale della seconda squadra, quello di "Manovale", *et cetera*).

Nella proposta tecnica presentata dalla BASILE, invece, per alcuni dei lavoratori indicati sono indicati più ruoli e, così, per esempio, il Sig. Cannataro Lorenzo assume nell'organigramma rappresentato da pagina 30 a pag. 34, il poliedrico ruolo di "Responsabile dei lavoratori per la Sicurezza, RLS, Autista, Muratore, Manovale" così come il Sig. Pietro Miraglia il ruolo di "Manovale, Muratore, Decoratore".

Oltre a ciò, va considerato che nel concetto di "Squadra di lavoro", inteso in senso ampio potrebbe anche essere ricondotto un collaboratore esterno non essendo tale concetto necessariamente riferito al personale dipendente.

Ora, nell'organigramma costruito dalla BASILE figurano ben due collaboratori esterni, il Dr. Scarcella e l'Ing. Bianco, ciò che senz'altro arricchisce di competenze l'organico delineato dall'impresa.

8.3. E, dunque, sulla scorta di tali precisazioni, in presenza di una offerta che recava nelle tabelle esplicative sia l'organigramma della ditta sia l'indicazione esaustiva dei compiti e delle responsabilità che sarebbero stati assunti con riferimento all'appalto per cui è causa, fornendo per alcuni lavoratori menzione altresì delle pregresse esperienze maturate, ritiene il collegio che le valutazioni espresse, per quanto opinabili, non possano ritenersi illogiche o manifestamente irragionevoli o arbitrarie e di non potersi, pertanto, sostituire nelle valutazioni di natura eminentemente tecnico discrezionale della stazione appaltante.

8.3.1. Al riguardo si richiama la giurisprudenza che sul tema ha chiarito che *“le valutazioni tecniche da parte delle commissioni di gara, espressione di discrezionalità tecnica, sono come tali sottratte al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti, o salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi, non essendo sufficiente che la valutazione della commissione sia meramente opinabile; ciò in quanto il giudice amministrativo, in forza del principio costituzionale di separazione dei poteri, non può sostituire le proprie opinabili valutazioni a quelle effettuate dall'Autorità pubblica, quando si tratti di regole tecniche attinenti alle modalità di valutazione delle offerte. Pertanto, il riscontro esigibile dal giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali della commissione di gara deve essere svolto ab externo, nei limiti della rilevabilità ictu oculi dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'Amministrazione”* (TAR Piemonte 14.5.2019 n. 582; T.A.R. Lecce, sez. I, 7 maggio 2018, n.769; T.A.R. Lazio, sez. III-quater, 23 marzo 2018, n. 3331; Consiglio di Stato, Sez. V, 06.07.2020 n.4314; Cons. Stato, V, 8 marzo 2011, n. 1464).

9. Va altresì disatteso il secondo motivo.

9.1. L'art. 14 del disciplinare di gara rubricato *“OFFERTE ANORMALMENTE BASSE”* dispone che: *“qualora i punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'art. 97, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, la Commissione Giudicatrice procede alla valutazione di congruità delle offerte così come previsto dall'art. 97 sopra richiamato. All'esito del procedimento di verifica la Stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.”*

9.2. L'art. 97 del Codice dei contratti prevede, al comma 3 che *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la*

somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Il calcolo di cui al primo periodo è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre. (...)”.

9.3. In tema la giurisprudenza ha affermato che *“nelle gare pubbliche il punteggio da prendere in considerazione, ai fini della verifica dell'anomalia, è quello effettivo, conseguito da ciascuna offerta, e non quello più alto risultante dall'eventuale attività di riparametrazione effettuata dalla stazione appaltante che abbia previsto di esercitare tale facoltà, la quale ha il solo scopo di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi, qualitativi e quantitativi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta”* (cfr. C. di St. n. 3455/2016; T.A.R. Cagliari n. 689/2016)” (TAR Lazio Roma Sez. III Quater 11.08.2020 n. 9155; TAR Lazio Roma n.9781/2019).

9.4. Orbene, risulta *ex actis* che il calcolo del raggiungimento o del superamento della soglia dei 4/5, oltre la quale scattava l'obbligo della verifica di congruità ai sensi dell'art. 97, comma 3 del Codice dei contratti, sia stato operato dalla ricorrente a seguito della riparametrazione dei punteggi prevista dal disciplinare di gara mentre, ove tale calcolo fosse stato operato senza apportare la citata riparametrazione non si sarebbe raggiunta la soglia che impone tale verifica.

9.4.1. E, difatti, dalla lettura del verbale n. 4 della seduta del 17.11.2023, emerge che *“Dalla verifica di congruità delle offerte, eseguita ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs 50/2016 e preventivamente alla riparametrazione dei punteggi tecnici, nessuna offerta è da ritenersi anomala”*.

9.5. Pur non vertendosi in un'ipotesi di verifica obbligatoria dell'anomalia dell'offerta, (in ragione del mancato raggiungimento della soglia dei 4/5), occorre chiedersi se la stazione appaltante abbia operato correttamente o se, al contrario, prima di procedere all'aggiudicazione definitiva, avrebbe dovuto esercitare poteri ad essa intestati di verifica (facoltativa) in ordine alla complessiva congruità dell'offerta avviando un sub-procedimento in contraddittorio con l'impresa aggiudicataria, in applicazione di quanto

previsto nell'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 97 del Codice, e nel comma 3 dello stesso articolo, secondo cui, *“la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

9.5.1. Sostiene la ricorrente che l'obbligo in tal senso in capo alla stazione appaltante nascesse dalla considerazione che mentre nella *lex specialis* e, segnatamente, nel disciplinare di gara n. 1653 del 19.06.2023, allegato al bando, al punto 2.3. i costi della manodopera risultavano stimati in euro € 237.016,99 ex art. 23 c. 16 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., l'aggiudicataria, invece, ha previsto a tale titolo nella propria offerta economica euro 150.000,00, riduzione davvero significativa che avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad aprire una fase di approfondimento e verifica per acclarare la congruità complessiva dell'offerta alla luce di tale anomalia.

La tesi non persuade.

9.5.2. Per giurisprudenza pacifica, invero, ai sensi dell'art. 97, c. 6 cit., la determinazione dell'amministrazione di procedere alla verifica di anomalia dell'offerta nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla norma, è del tutto facoltativa, e di natura spiccatamente discrezionale, non soggetta alla sindacabilità del giudice amministrativo, tuttavia, ad eccezione dei casi in cui la stessa sia manifestamente illogica e irragionevole (C.S., Sez. III, 11.5.2021 n. 3710 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2.2.2022, n. 1233), ciò che può escludersi nel caso di specie.

9.5.3. Difatti le censure sul punto formulate dalla ricorrente risultano ad avviso di questo collegio in astratto inidonee a supportare la necessità di avviare un sub procedimento di verifica.

9.6. Nel corso della discussione odierna, poi, la difesa ha sollevato un'ulteriore contestazione incentrata sull'essere i costi della manodopera indicati nell'offerta della BASILE inferiori ai minimi salariali sulla scorta della considerazione che moltiplicando i tre operai indicati nell'offerta tecnica per 25,44 euro all'ora - costo orario della manodopera di un operaio di primo

livello (quindi quello più economico) - per i 365 giorni previsti per l'esecuzione dell'opera, la somma totale corrisponderebbe a euro 222.854,40.

9.7. In disparte la considerazione che la specificazione della censura è stata dalla parte ricorrente elaborata unicamente in questa sede non essendo contemplata nel ricorso introduttivo notificato alla resistente amministrazione ed alla controinteressata, il collegio richiama la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (15 settembre 2023, n. 8356; 11 ottobre 2021, n. 6784) che sul tema specifico ha affermato i seguenti principi:

- il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso mira, infatti, a valutare la complessiva adeguatezza dell'offerta rispetto al fine da raggiungere;
- nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica, costituendo espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale, riservato alla Pubblica Amministrazione, che è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta;
- il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'Amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della PA;
- nell'ambito del contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta economica nel suo complesso, sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, e in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento

dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto;

- le singole voci di costo possono essere modificate per sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o per originari comprovati errori di calcolo o per altre plausibili ragioni;

- in sede di verifica di anomalia dell'offerta i valori indicati nelle relative Tabelle ministeriali sono utilizzabili dalla stazione appaltante come indici valutativi dell'adeguatezza economica dell'offerta privi di inderogabile vincolatività. Da ciò ne deriva che non può essere dichiarato il carattere anomalo di un'offerta per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato indicato secondo valori in ipotesi inferiori rispetto a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali. Sono infatti consentiti scostamenti dalle voci di costo e spetta alla stazione appaltante valutare se si tratti di scostamenti talmente significativi e, comunque, del tutto ingiustificati, da poter compromettere la complessiva affidabilità dell'offerta e indurre ad un giudizio di anomalia della stessa;

- le tabelle ministeriali non sono dati inderogabili, ma sono un parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi, in sede di verifica, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa in ordine alle ragioni che giustificano lo scostamento;

- un pur esiguo margine positivo impedisce di considerare antieconomica e dunque anomala l'offerta; eventuali scostamenti tra i dati reali e quelli previsionali possono essere infatti coperti con il margine di utile previsto, tenendo conto che anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo per l'impresa derivante dall'esecuzione di un appalto pubblico.

9.8. Il collegio intende infine richiamare il contenuto della Relazione illustrativa delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 36/23, che in merito all'art. 110, corrobora la tesi della discrezionalità dell'amministrazione nell'attivare o meno il segmento procedurale della verifica facoltativa della anomalia dell'offerta nei casi in cui vi siano dubbi sulla sua congruità, evidenziando di aver operato la scelta "*di rimettere alla*

discrezionalità della stazione appaltante (alla luce dei risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento che possa essere ritenuto utile) l'individuazione delle offerte che prima facie appaiono anomale e che quindi andranno sottoposte a verifica, con un conclusivo epilogo dotato di motivazione adeguata (eliminando dunque le soglie fissate ex lege). La scelta appare coerente con la ratio di restituire alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, conferendo pertanto alla stessa il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato di cui all'art. 1, della fiducia di cui all'art. 2 e di buona fede e affidamento di cui all'art. 5".

10. E, dunque, tirando le fila delle considerazioni svolte, non potendo trovare condivisione neppure il secondo motivo di ricorso alla luce delle coordinate ermeneutiche testè ricordate, le censure prospettate non sono complessivamente in grado di scalfire la legittimità dell'operato della stazione appaltante.

11. Da ciò consegue la decisione di rigettare il gravame proposto.

12. La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario

Simona Saracino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Simona Saracino

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO