

Tar Lazio, sezione prima, sentenza n. 445 del 24 luglio 2018

Anomalia dell'offerta – Errata indicazione del numero di lavoratori, mancanza del CCNL, sottostima costo dei mezzi – Incongruità degli oneri aziendali di sicurezza - Esclusione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 272 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso il suo studio in Latina, corso;

contro

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio eletto presso lo studio del primo in Gaeta,;

nei confronti

....., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso il suo studio in Fondi, piazza;
..... s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale

per l'annullamento

- quanto al ricorso introduttivo proposto da s.r.l., previa suspensiva, dei seguenti atti e provvedimenti relativi alla procedura aperta indetta da s.p.a. (rif. prat. 16_0008) per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria delle reti idriche e fognarie, dei depuratori e degli impianti ad essi connessi, da eseguirsi nell'area centro-nord dell'ambito territoriale ottimale n. 4 (lotto 1) e dei lavori di manutenzione straordinaria delle reti idriche e fognarie, dei depuratori e degli

impianti ad essi connessi, da eseguirsi nell'area sud del medesimo ambito territoriale (lotto 2):

1) nota prot. 2018O-6015 del 14 marzo 2018, recante l'aggiudicazione definitiva del lotto 2 in favore dell'Impresa e la connessa approvazione di tutte le operazioni gara risultanti dai verbali da n. 1 a n. 24;

2) nota prot. 2018O-6509 del 20 marzo 2018, trasmessa a mezzo posta elettronica il successivo giorno 21, recante la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva del lotto 2;

3) approvazione dell'aggiudicazione definitiva anche a seguito della verifica dei requisiti, ai sensi dell'art. 32, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;

4) nota prot. n. 4850 del 28 febbraio 2018, con cui è stato ritenuto concluso con esito positivo il *sub*-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Impresa sul lotto 2 e la presupposta decisione della commissione di gara, assunta nella seduta del 7 febbraio 2018, documentata dal verbale n. 23;

5) verbale n. 24 del 19 febbraio 2018, in cui la commissione di gara ha estromesso l'Impresa dalla graduatoria del lotto 1, anziché da quella del lotto 2, ed ha operato lo scorrimento della graduatoria del lotto 1, aggiudicandolo a s.r.l. anziché alla stessa Impresa

6) verbale n. 15 del 3 ottobre 2017 e sua conseguente approvazione da parte della stazione appaltante, nel quale la commissione di gara ha attribuito il punteggio all'offerta tecnica dell'Impresa

7) nelle parti lesive, verbali della commissione di gara da n. 1 a n. 24;

8) nelle parti lesive, la *lex specialis* di gara, ivi inclusi il bando, il disciplinare, il capitolato speciale di appalto, sia tecnico/prestazionale sia normativo, i relativi allegati, i chiarimenti alla documentazione di gara e ogni altro atto o documento ivi contenuto e/o richiamato;

9) l'art. 2, comma 5, del disciplinare di gara, per il quale: “Nel caso in cui uno stesso concorrente risulti primo in graduatoria per entrambe le aree, la stazione appaltante provvederà ad aggiudicare allo stesso concorrente l'area per la quale ha offerto il ribasso percentuale maggiore. In questo caso, l'altra area sarà aggiudicata al concorrente che segue in graduatoria”;

10) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, e del diritto della ricorrente al subentro nel rapporto anche per il risarcimento in forma specifica, oltre che per la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dagli atti impugnati e dalla condotta dell'Amministrazione, da disporsi per equivalente e comprensivo anche del danno curriculare, da perdita di *chance*, all'immagine e da responsabilità precontrattuale;

- quanto ai motivi aggiunti proposti da s.r.l., previa adozione di misure cautelari, dei medesimi atti e provvedimenti già impugnati nel ricorso principale;

- quanto al ricorso incidentale presentato dall'Impresa, di tutti i verbali e atti della predetta gara indetta da s.p.a. rif. prat. 16_0008, limitatamente al lotto 2, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dell'offerta presentata da s.r.l., l'hanno sottoposta a valutazione e le hanno attribuito il punteggio complessivo di 91,566, collocandola al secondo posto nella relativa graduatoria finale e in particolare:

1) del verbale n. 15 del 3 ottobre 2017, nella parte in cui la commissione di gara ha assegnato il punteggio di 38,675 punti su 40 all'offerta tecnica di s.r.l.;

2) del verbale n. 22 del 7 febbraio 2018, nella parte in cui sono state discusse in contraddittorio le giustificazioni fornite da s.r.l.;

3) del verbale n. 23 del 7 febbraio 2018, nella parte in cui il responsabile unico del procedimento ha dichiarato concluso il *sub*-procedimento di valutazione della

congruità dell'offerta presentata da s.r.l. relativamente al lotto n. 2 con esito positivo, ritenendo, pertanto, l'offerta stessa non anomala;

4) del verbale n. 24 del 19 febbraio 2018, nella parte in cui il presidente della commissione di gara ha comunicato a s.r.l. l'esito positivo del *sub*-procedimento di valutazione della congruità dell'offerta presentata e ha proceduto alla stesura della graduatoria, con collocamento della stessa società al secondo posto in graduatoria con il punteggio totale di 91,566;

5) per quanto occorre possa, degli atti di approvazione di tutte le operazioni gara, non comunicati e conosciuti, limitatamente all'approvazione dei verbali relativi all'esame dell'offerta di s.r.l., all'attribuzione dei punteggi e alla verifica di anomalia;

6) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di s.p.a. e di s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 il dott. Valerio Torano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società, composta al 51% da soci pubblici e per il restante 49% da privati, è il gestore del servizio idrico integrato dell'Autorità d'ambito territoriale ottimale n. 4, Lazio meridionale – Latina (A.T.O. 4), in base alla convenzione del 2 agosto 2002.

2. s.p.a., in data 3 settembre 2016, ha indetto, ai sensi degli art. 60 e 122, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, una procedura aperta (rif. prat. 16_0008) per l'affidamento dei

lavori di manutenzione ordinaria delle reti idriche e fognarie, dei depuratori e degli impianti connessi, da eseguirsi nell'area centro nord dell'ambito territoriale (lotto 1), nonché di manutenzione straordinaria delle reti idriche e fognarie, dei depuratori e degli impianti ad essi connessi, da eseguirsi nell'area sud dello stesso ambito (lotto 2).

La *lex specialis* di gara, oltre ad aver diviso l'affidamento del contratto in due lotti per aree geografiche e tipologie di lavori, ha anche previsto che:

- a) ogni concorrente potesse presentare offerte per ambo le aree ma avrebbe potuto essere aggiudicatario di una soltanto;
- b) nel caso in cui uno stesso concorrente fosse risultato primo in graduatoria per entrambe le aree, gli sarebbe stata aggiudicata quella per la quale fosse stato offerto il ribasso percentuale maggiore, con aggiudicazione dell'altra area all'operatore successivamente graduato; in caso di presentazione del medesimo ribasso su entrambe le aree, sarebbe stata aggiudicata quella di maggiore importo;
- c) la durata del contratto fosse di due anni, decorrenti dalla data di sottoscrizione del verbale di consegna dei lavori;
- d) l'importo complessivo della procedura stimato a misura, comprensivo dell'eventuale rinnovo, fosse nel triennio pari ad € 8.100.000,00 (di cui € 217.812,20 di oneri della sicurezza interferenziali non soggetti a ribasso d'asta), di cui: *i*) per l'area centro nord, € 3.000.000,00 biennali (di cui € 65.148,05 di oneri della sicurezza) ed € 1.500.000,00 per l'eventuale rinnovo al terzo anno (di cui € 32.574,03 di oneri della sicurezza) per un importo complessivo di € 4.500.000,00 (di cui € 97.722,08 di oneri della sicurezza); *ii*) per l'area sud, € 2.400.000,00 biennali (di cui € 80.066,08 di oneri della sicurezza) ed € 1.200.000,00 per l'eventuale rinnovo al terzo anno (di cui € 40.033,04 di oneri della sicurezza) per un importo complessivo di € 3.600.000,00 (di cui € 120.099,12 di oneri della sicurezza);

e) in fase di contabilizzazione dei lavori sarebbero stati applicati prezzi unitari contrattuali, derivanti dall'elenco prezzi posto a base di gara, al netto del ribasso percentuale offerto dall'aggiudicataria;

f) l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata, per ogni singola area, ai sensi dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016, in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. La commissione giudicatrice, nelle sedute pubbliche di cui ai verbali n. 1 del 19 ottobre 2016, n. 2 dell'8 novembre 2016, n. 3 del 16 novembre 2016 e n. 4 del 24 novembre 2016, ha aperto e censito la documentazione presentata dalle ditte concorrenti.

Nelle sedute riservate di cui ai verbali n. 5 del 12 dicembre 2016, n. 6 del 12 gennaio 2017 e n. 7 del 19 gennaio 2017, il seggio di gara ha esaminato la documentazione ricevuta, vagliando l'ammissibilità delle singole offerte e proponendo al responsabile unico del procedimento il soccorso istruttorio per otto concorrenti, ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 cit., soccorso poi attivato con note del 16 febbraio 2017.

Nella seduta pubblica di cui del 20 marzo 2017 (verbale n. 8), la commissione ha ammesso a partecipare alle successive fasi di gara n. 19 imprese per il lotto 1 (area centro nord) e n. 11 operatori per il lotto 2 (area sud).

Nelle sedute riservate di cui ai verbali n. 9 del 18 maggio 2017, n. 10 del 22 maggio 2017, n. 11 del 27 giugno 2017, n. 12 del 29 giugno 2017, n. 13 del 26 luglio 2017, n. 14 del 28 settembre 2017 e n. 15 del 3 ottobre 2017, la commissione ha esaminato le offerte tecniche presentate per ambo i lotti.

Nella seduta pubblica documentata dal verbale n. 16 dell'8 novembre 2017, il seggio di gara ha: *i)* comunicato gli ammessi alla successiva fase della procedura, dando lettura dei punteggi ottenuti in esito all'applicazione della c.d. riparametrazione; *ii)* aperto le offerte economiche presentate da ciascun concorrente per ambo i lotti, assegnando i relativi punteggi; *iii)* sommato i punteggi attribuiti per le offerte tecniche ed economiche e stilato le relative graduatorie per ambo i lotti.

Con nota del 15 novembre 2017, il responsabile del procedimento ha approvato le graduatorie provvisorie dei due lotti ed ha aperto il *sub*-procedimento di valutazione di congruità delle offerte presentate dalle imprese concorrenti classificatesi nei primi due posti delle graduatorie.

Con nota del 1° dicembre 2017, la commissione di gara ha chiesto alle suddette concorrenti spiegazioni sulla congruità delle rispettive offerte e, nelle sedute riservate di cui ai verbali n. 17 del 20 dicembre 2017, n. 18 dell'11 gennaio 2018, n. 19 del 25 gennaio 2018, n. 20, 21, 22 e 23, tutte del 7 febbraio 2018, il responsabile del procedimento con il supporto della commissione di gara ha proceduto alla verifica delle offerte anormalmente basse *ex art.* 97, d.lgs. n. 50 cit.

4. Con nota del 20 marzo 2018 s.p.a. ha comunicato alle ditte concorrenti l'aggiudicazione: a) del lotto 1 (area centro nord) in favore di s.r.l., in virtù del punteggio complessivo di 95,228 su 100 e del ribasso unico percentuale offerto del 48,334% sull'elenco prezzo posto a base di gara da applicarsi in fase di contabilizzazione dei lavori; b) del lotto 2 (area sud) in favore dell'Impresa, in virtù del punteggio complessivo di 94,864 su 100 e del ribasso unico percentuale offerto del 56,210% sull'elenco dei prezzi predetto.

5. Con ricorso depositato il 26 aprile 2018, s.r.l., classificatasi al secondo posto della graduatoria relativa al lotto 2, ne ha impugnato l'aggiudicazione in favore dell'Impresa, notificando il ricorso anche a s.r.l., aggiudicataria del lotto 1, perché avrebbe beneficiato dell'illegittima scelta della stazione appaltante di aggiudicarle tale lotto “al posto dell'Impresa, prima classificata con punteggio e somma scontata superiore a quella del lotto 2”.

In particolare, la ricorrente ha dedotto avverso l'aggiudicazione i seguenti motivi di censura:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 5, del disciplinare di gara; violazione del principio di economicità di cui agli artt. 4, d.lgs. n. 50 cit. e 97 Cost.; eccesso di potere per manifesta incoerenza e travisamento dei fatti.

In particolare, la ricorrente ritiene che l'art. 2, comma 5, del disciplinare di gara dovrebbe essere inteso non nel suo significato letterale ma nel diverso senso che il confronto tra ribassi vada effettuato non sulla percentuale indicata ma sulla somma effettiva corrispondente a detta percentuale, la quale soltanto individuerrebbe l'importo fatto risparmiare alla stazione appaltante, venendo altrimenti violato il principio di economicità; conseguentemente, l'aggiudicazione del lotto 2 all'Impresa sarebbe illegittima, poiché quest'ultima ditta, sulla base dell'esegesi proposta, avrebbe avuto diritto ad aggiudicarsi il differente lotto 1;

2) (in via subordinata) illegittimità dell'art. 2, comma 5, del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50 cit.; violazione del principio di economicità di cui all'art. 4, d.lgs. n. 50 cit. e 97 Cost.; eccesso di potere per manifesta incoerenza.

In particolare, sostiene s.r.l. che l'art. 2, comma 5, cit., ove non interpretato nel senso indicato nel primo motivo di ricorso, sarebbe manifestamente incoerente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prescelto dalla stazione appaltante, perché non si quantificherebbe l'effettivo importo del vantaggio corrispondente alla percentuale; ne conseguirebbe che, nei fatti, l'aggiudicazione del lotto 2 sarebbe avvenuta sulla base del diverso criterio del massimo ribasso e non dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla stregua del quale la migliore offerta economica per s.p.a. sarebbe stata quella dell'Impresa per il lotto 1.

6. Con atto di motivi aggiunti depositato l'8 maggio 2018, s.r.l. ha proposto le seguenti ulteriori doglianze avverso gli stessi atti di gara già impugnati con il ricorso principale:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e f-*bis*, d.lgs. n. 50 cit.;
eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti;

Con il motivo *de quo*, s.r.l. contesta la mancata esclusione dell'Impresa
per il carattere non veritiero e comunque decettivo delle dichiarazioni da essa rese
in sede di giustificazione dell'anomalia dell'offerta e contrastanti con quelle rilasciate
nella relazione tecnica d'offerta. In particolare, la ricorrente afferma che, per la voce
n. 25-03.1 dell'elenco prezzi, l'Impresa ha indicato nella relazione tecnica che
il ripristino stradale avrebbe compreso anche il rifacimento della pavimentazione
provvisoria con 10 cm di conglomerato bituminoso *binder*, ma che tale impegno
sarebbe smentito dai dati contenuti nella relativa scheda di analisi, la quale
riporterebbe, alla stregua di un calcolo matematico non opinabile, una quantità di
conglomerato bituminoso sufficiente per un ripristino di appena 4,27 cm.
Analogamente sarebbe a dirsi per la voce n. 58-13.6 del predetto elenco prezzi, ove
l'Impresa ha indicato nella relazione tecnica che il ripristino della
pavimentazione stradale con conglomerato bituminoso per il manto di usura
avrebbe avuto uno spessore di 3 cm, laddove la scheda di analisi riporterebbe, alla
stregua di un calcolo matematico non opinabile, una quantità di conglomerato
sufficiente per un ripristino di appena 1,28 cm;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50 cit. e dei principi generali in
tema di valutazione delle offerte anomale; eccesso di potere per incoerenza
manifesta, carenza d'istruttoria ed errore sui presupposti di fatto e di diritto;
conseguente violazione dell'art. 3, l. 7 agosto 1990 n. 241 ed eccesso di potere per
difetto di motivazione.

Con il motivo *de quo* s.r.l. impugna la mancata esclusione dell'Impresa
nonostante la presentazione di un'offerta al rialzo su alcune voci di prezzo,
assumendo che le discrasie espone nel primo motivo aggiunto avrebbero avuto per
effetto la modifica postuma della composizione dell'offerta economica in sede di

anomalia, con conseguente inattendibilità delle spiegazioni rese ed esclusione dell'offerta siccome anomala;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 3, lett. k, del disciplinare di gara e dei principi da esso applicati; eccesso di potere per incoerenza manifesta, carenza d'istruttoria ed errore sui presupposti di fatto e di diritto.

Con il terzo motivo aggiunto la ricorrente censura la mancata esclusione dell'Impresa conseguente alla illegittimità dell'esito positivo del giudizio di anomalia dell'offerta, evidenziando che nella tabella di raffronto dei costi unitari, allegata alla nota di spiegazioni dell'Impresa del 15 dicembre 2017, figurerebbero diverse voci di prezzo con un ribasso percentuale in negativo che corrisponderebbe, di fatto, a un rialzo, in contrasto con il disciplinare che non consente offerte alla pari e in aumento, che vanno escluse e non possono essere tenute in considerazione;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., del d.lgs. n. 50 cit. e dei principi generali in tema di valutazione delle offerte anomale; eccesso di potere per incoerenza manifesta, carenza d'istruttoria ed errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente violazione dell'art. l. n. 241 del 1990; eccesso di potere per difetto di motivazione.

Attraverso la doglianza *de qua*, s.r.l. contesta, in via subordinata, l'esito positivo del giudizio di anomalia sull'offerta dell'Impresa, in quanto lo stesso avrebbe dovuto concludersi, se non con l'esclusione, quanto meno con una ulteriore richiesta di spiegazioni, stante l'obiettivo anti-economicità dell'offerta stessa. In particolare, a dire della ricorrente, nelle sue spiegazioni l'aggiudicataria non avrebbe indicato costi necessari per l'appalto che ne abbatterebbero l'utile e tali sottostime riguarderebbero: a) la quantità di conglomerato bituminoso per strato di collegamento (c.d. *binder*) necessaria per garantire un rifacimento di spessore di 10 cm; b) gli oneri per fresatura e scarica; c) la quantità di conglomerato bituminoso

per lo strato d'usura necessaria per garantire un rifacimento di spessore di almeno 3 cm; d) gli oneri di scarica. Né l'Impresa avrebbe indicato la media della percentuale di ribasso di tutte le voci in calce alla tabella di raffronto costi unitari; 5) violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza dei presupposti.

Infine, con il quinto motivo di impugnazione (in realtà, rubricato negli scritti difensivi come sesto), la ricorrente contesta l'errata attribuzione al punteggio tecnico dell'Impresa, di cui al verbale n. 15 del 28 settembre 2017, pag. 3-4, nella parte che le avrebbe consentito di superare s.r.l. nel punteggio finale ed alla stregua dei criteri indicati dall'art. 9 del disciplinare di gara. In particolare, la ricorrente contesta il punteggio di 4,783 su 5,0 assegnato per il *sub*-criterio B1 per ripristini stradali, a fronte dell'inattendibilità delle informazioni fornite sulla posa del *binder* di 10 cm, come pure il punteggio massimo di 5,0 assegnato per il *sub*-criterio C2 relativo ai maggiori interventi, a motivo dell'inattendibilità delle informazioni concernenti la posa del tappeto di usura di 3 cm. A tale scopo, la ricorrente contesta anche l'attendibilità del preventivo di s.r.l. del 28 gennaio 2018, fornito dall'Impresa in sede di giustificazione dell'anomalia dell'offerta, ritenendolo inverosimile perché predisposto *ad hoc* ed *ex post*. Inoltre, s.r.l. ritiene che detto preventivo non si riferirebbe a prestazioni di mera fornitura ma all'esecuzione di lavori veri e propri, concretando così un subappalto di fatto, come tale vietato dall'art. 105, d.lgs. n. 50 cit., e peraltro concordato con un'impresa non indicata come subappaltatrice nella documentazione d'offerta dell'aggiudicataria. Il prezzo offerto da s.r.l. per la fornitura di conglomerato bituminoso per il manto di usura sarebbe, poi, anomalo, essendo difforme da quello indicato nella scheda di analisi alla voce 58-13.6. Manifestamente incongrua sarebbe pure la spiegazione di Impresa per le spese impreviste.

7. In data 23 maggio 2018 è stato stipulato il contratto di appalto dei lavori di manutenzione straordinaria relativi all'area sud tra s.p.a. e Impresa, con consegna dei lavori al 28 maggio 2018; il 24 maggio 2018, invece, è stato stipulato il contratto di appalto dei lavori di manutenzione ordinaria da eseguirsi nell'area centro nord tra s.p.a. e s.r.l., con consegna dei lavori al 1° giugno 2018.

8. Il 31 maggio 2018, l'Impresa ha depositato ricorso incidentale avverso la mancata esclusione dalla procedura di gara della ricorrente principale s.r.l., articolando i seguenti motivi di impugnazione:

1) violazione e falsa applicazione dell'art 10 del capitolato speciale di appalto; carenza di elementi essenziali previsti per l'offerta tecnica; eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

Con il primo motivo di ricorso incidentale, l'Impresa contesta la mancanza, in capo alla ricorrente principale, dei mezzi e attrezzature nella misura minima richiesta dalla *lex specialis* di gara e la conseguente mancata esclusione, con conseguente inammissibilità del ricorso principale da essa introdotto. In particolare, a dire della ricorrente incidentale, s.r.l. avrebbe dichiarato nella relazione tecnica di avere la disponibilità della dotazione minima di mezzi, disponibilità non confermata dall'esame della documentazione prodotta in sede di verifica dell'anomalia;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, d.lgs. n. 50 cit., oltre che dei principi generali in tema di valutazione delle offerte anomale; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta, travisamento dei fatti ed errore nei presupposti, carenza assoluta d'istruttoria e di motivazione.

Con il motivo di doglianza in discorso la ricorrente incidentale contesta la mancata esclusione, per anomalia dell'offerta, di s.r.l., con conseguente inammissibilità del ricorso principale da essa introdotto, rilevando plurime omissioni informative riguardanti: gli oneri di sicurezza per il personale; il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato, l'inquadramento contrattuale e le mansioni svolte dalle

maestranze destinate all'eventuale esecuzione dell'appalto, essendosi la concorrente limitata a fare riferimento alle sole tabelle del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le imprese edili per la Provincia di Latina; l'effettivo costo dei mezzi, dei noli, delle attrezzature e l'entità degli ammortamenti, stanti sia la grave discrasia tra mezzi e attrezzature dichiarati e quelli giustificati in sede di valutazione della congruità dell'offerta, sia la lacunosità del libro cespiti prodotto; gli oneri per ripristini stradali e per la gestione ambientale;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara e dell'art. 10 del capitolato; eccesso di potere per travisamento dei fatti, irragionevolezza e illogicità manifeste, difetto di istruttoria e motivazione; carenza di interesse al ricorso.

Con l'ultimo motivo di ricorso incidentale l'Impresa censura la non corretta attribuzione del punteggio all'offerta di s.r.l., da parte del seggio di gara, traendone la conseguenza dell'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse. In particolare, la ricorrente incidentale contesta l'attribuzione del punteggio relativo al contenimento del rumore ed all'efficienza dei mezzi, avuto riguardo agli strumenti utilizzati dalla ricorrente principale.

8. Con memoria depositata il 19 giugno 2018 e non notificata alle parti, s.r.l. ha ulteriormente dedotto l'avvenuta violazione del c.d. *standstill* processuale *ex art.* 32, d.lgs. n. 50 cit., in relazione all'avvenuta stipula dei contratti di appalto oggetto di gara.

9. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2018 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Si esamina con priorità il ricorso incidentale proposto dall'Impresa poiché, stante la sua natura escludente, l'eventuale suo accoglimento priverebbe s.r.l. della legittimazione ad agire e ne renderebbe inammissibile il ricorso (Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2016 n. 1918; sez. V, 14 aprile 2016 n. 1492; sez. V, 31 marzo 2016 n. 1269; T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 29 novembre 2017 n. 70; T.A.R. Liguria,

sez. II, 10 luglio 2017 n. 597; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V 23 gennaio 2017 n. 465; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 gennaio 2017 n. 23; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 6 dicembre 2016 n. 1012; T.A.R. Marche, sez. I, 26 settembre 2016 n. 532; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 aprile 2016 n. 4064; sez. II, 1° dicembre 2015 n. 13521).

2. Il ricorso incidentale è fondato quanto al secondo motivo di impugnazione.

2.1. Con il primo motivo di censura, l'Impresa ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del capitolato speciale di appalto, oltre alla carenza di elementi essenziali previsti per l'offerta tecnica e ad eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

2.1.1 Più in particolare, l'Impresa ha contestato la mancanza, in capo alla ricorrente principale, dei mezzi e delle attrezzature nella misura minima richiesta dalla *lex specialis* di gara, con conseguente obbligo di esclusione di s.r.l. ed inammissibilità del ricorso principale da essa introdotto.

Infatti, a dire della ricorrente incidentale, s.r.l. avrebbe dichiarato nella relazione tecnica d'offerta di avere la disponibilità della dotazione minima di mezzi, ma dall'esame dei giustificativi e dei relativi allegati presentati in sede di verifica dell'anomalia emergerebbe che detta disponibilità non sussiste, non essendo ivi puntualmente indicati i mezzi posseduti. In altri termini, l'offerta della società sarebbe carente di elementi essenziali imposti dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

2.1.2 Il motivo di ricorso incidentale *de quo* è infondato poiché, alla stregua degli atti di gara, i mezzi e le attrezzature di cui è contestata la mancanza in capo a s.r.l. sono dotazioni minime necessarie per l'esecuzione del contratto, che sono cioè messe a disposizione in caso di aggiudicazione dello stesso, e non anche ai fini dell'ammissione alla gara, delle quali sia quindi necessario il possesso al momento della presentazione della domanda di partecipazione.

Sul punto, si osserva che spetta alla stazione appaltante delineare in modo palese (*i.e.* con l'indicazione "a pena di inammissibilità dell'offerta") ciò che riveste natura essenziale per lo svolgimento del servizio, non potendo ricavarsi *ex post* presunti requisiti ritenuti essenziali ma non qualificati come tali dall'Amministrazione. Pertanto, laddove la *lex specialis* di gara, nel declinare le modalità di esecuzione dell'appalto, riferendosi ad una determinata prestazione, non qualifichi espressamente l'elemento dell'offerta come requisito di ammissione alla procedura, l'eventuale mancanza o discordanza non può determinare l'esclusione del concorrente a pena di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2017 n. 4859; in termini: Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2017 n. 5965; sez. III, 14 novembre 2017 n. 5258).

2.2 Con il secondo motivo di ricorso incidentale, invece, l'Impresa lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, oltre che dei principi generali in tema di valutazione delle offerte anomale, nonché il vizio di eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta, travisamento dei fatti ed errore nei presupposti, carenza assoluta d'istruttoria e di motivazione.

2.2.1 In concreto, con il motivo in parola la ricorrente incidentale contesta, sotto vari punti di vista, la mancata esclusione, per anomalia dell'offerta, di s.r.l., con conseguente inammissibilità del ricorso principale da essa introdotto.

L'offerta di s.r.l. sarebbe, infatti, anomala innanzitutto per l'incongruità degli oneri aziendali della sicurezza, avendo essa indicato, da un lato, che il personale necessario per l'esecuzione dell'appalto è in media di 15 lavoratori, mentre nella stima dei costi fornita in sede di giustificazioni ne sarebbero stati indicati solo 5.

L'offerta sarebbe, altresì, anomala per non avere l'impresa specificato, per il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto, il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato, l'inquadramento contrattuale e le mansioni svolte, essendosi la

concorrente limitata a fare riferimento alle sole tabelle del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le imprese edili per la Provincia di Latina.

L'anomalia risulterebbe, poi, anche con riguardo alla sottostima del costo dei mezzi, dei noli, delle attrezzature e ammortamenti (questi ultimi ricavabili dal libro cespiti) utilizzati per l'esecuzione del contratto e dalla mancata allegazione dei contratti di noleggio, dal momento che, nelle giustificazioni dell'anomalia, s.r.l. ha indicato la disponibilità di 81 tra mezzi e attrezzature, mentre dalla tabella riepilogativa allegata ne risulterebbero solo 17.

Un ulteriore profilo di anomalia sarebbe, inoltre, individuabile nella mancata produzione del libro cespiti o, comunque, nella produzione di un libro cespiti in cui non sono rappresentati tutti i mezzi dichiarati.

Infine, s.r.l. non avrebbe indicato tra i propri costi quelli relativi ai ripristini stradali ed alla gestione ambientale.

2.2.2 Il motivo di ricorso in parola è fondato: a) sotto l'assorbente profilo della violazione degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui impongono l'esclusione dell'offerta di cui siano "incongrui gli oneri aziendali della sicurezza [...] rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture"; b) sotto l'ulteriore profilo della manifesta irragionevolezza del giudizio positivo di congruità dell'offerta di s.r.l. per quanto attiene alla sottostima dei costi dei mezzi, dei noli, delle attrezzature e all'opacità degli ammortamenti e per l'omessa indicazione dei costi per ripristini stradali e di gestione ambientale, con riferimento alle analisi fornite da laboratorio accreditato.

2.2.3 Nella disamina del secondo motivo di ricorso incidentale occorre premettere che esso è ammissibile, dal momento che fa valere una tipologia di vizi che, di là della portata escludente *ex lege* dell'incongruità degli oneri della sicurezza, evidenziano macroscopiche criticità dell'*iter* logico di valutazione dell'anomalia dell'offerta di s.r.l. che inficiano l'attendibilità del giudizio espresso dalla

stazione appaltante. Infatti, alla stregua dei fatti rilevati dalla ricorrente incidentale, il convincimento dell'Amministrazione mostra di essersi formato su di un'offerta palesemente incompleta degli elementi richiesti dalla *lex specialis* e prescritti dalla legge a pena di esclusione.

In questo ordine di idee, le censure mosse dall'Impresa Molinaro si riferiscono non solo alla sussistenza di una causa legale di esclusione dell'offerta ma anche a circostanze collocate in un momento del procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta di s.r.l. che, dal punto di vista logico, è anteriore alla formazione del giudizio tecnico-discrezionale finale sulla congruità, e che sono poi refluite su quest'ultimo, rendendolo manifestamente irragionevole. Conseguentemente, nella specie non viene in questione la nota problematica della natura e delle finalità della verifica di anomalia dell'offerta, che non ha indole sanzionatoria né è volta alla ricerca di singoli errori, perché non ha ad oggetto soltanto particolari voci di costo, avendo carattere globale e sintetico ed essendo diretta a verificare l'attendibilità dell'offerta complessiva, sicché la presenza di singoli scostamenti non giustificati resta influente, se non ne emerge l'incidenza rispetto all'offerta globalmente intesa (*ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018 n. 430; sez. V, 30 ottobre 2017 n. 4978; sez. VI, 21 novembre 2016 n. 4888; sez. IV, 22 giugno 2016 n. 2751; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 23 marzo 2018 n. 434; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 21 marzo 2018 n. 1763; T.A.R. Basilicata, sez. I, 6 febbraio 2018 n. 107; T.A.R. Piemonte, sez. I, 2 febbraio 2018 n. 152; T.A.R. Marche, sez. I, 15 gennaio 2018 n. 42; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 gennaio 2018 n. 11; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 27 ottobre 2017 n. 2426; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 24 marzo 2016 n. 323). Neppure viene in questione, quindi, il connesso tema dei limiti che incontra il giudice amministrativo nel sindacare nel dettaglio i singoli aspetti del giudizio di anomalia, perché non è consentito in sede giurisdizionale procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, trattandosi di

un'attività rimessa, quanto alla sua intrinseca manifestazione, unicamente all'Amministrazione procedente ed essendo compito del giudice verificare se il potere amministrativo si sia esercitato con utilizzo delle regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza (Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2016 n. 5232; sez. V, 26 luglio 2016 n. 3359; T.A.R. Liguria, sez. II, 10 ottobre 2017 n. 757; T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 giugno 2017 n. 729).

2.2.4 Nel merito delle singole doglianze articolate nel motivo di ricorso in esame, si osserva, in primo luogo, che l'art. 97, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, prescrive che: “Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro [...]”. Il successivo art. 97, comma 5, dispone che: “La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: [...] c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; [...]”.

Ebbene, avuto riguardo agli oneri aziendali della sicurezza, è un dato di fatto, come tale non opinabile, che l'offerta della ricorrente principale s.r.l. sia sul punto manifestamente incongrua e incompleta, dal momento che, a fronte della dichiarazione di una consistenza media di personale necessaria per l'esecuzione dell'appalto pari a 15 elementi, in sede di giustificazioni dell'anomalia sono state fornite spiegazioni sui costi della sicurezza solo per 5 unità, cioè per un terzo della forza lavoro prevista dalla stessa offerente a fronte dell'entità e delle caratteristiche

dei lavori posti a base di gara. Tale omissione avrebbe dovuto indurre l'esclusione dell'offerta, ai sensi degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 cit. Peraltro, si rileva che il grave errore in cui la ricorrente principale è così incorsa, rendendosi inosservante all'obbligo di indicare i propri costi di manodopera e di sicurezza, integra una violazione di una norma di carattere imperativo posta in essere da un operatore economico qualificato partecipante a una pubblica gara (sulla natura imperativa della norma *de qua* e sui suoi corollari applicativi v: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 9 marzo 2018 n. 505; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 17 novembre 2017 n. 2688; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 8 maggio 2017 n. 295).

Ferma restando, ai fini dell'accoglimento del ricorso incidentale, la natura assorbente del rilievo sopra illustrato, proseguendo nella disamina delle criticità denunciate con il secondo motivo di doglianza si rileva che costituisce un dato di fatto, anche esso come tale non opinabile, che s.r.l. non abbia specificato, come invece espressamente previsto dalla *lex specialis*, per il personale da destinare all'esecuzione dell'appalto, il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato, l'inquadramento contrattuale e le mansioni svolte, essendosi limitata a fare riferimento alle sole tabelle del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le imprese edili per la Provincia di Latina, predisposte ai sensi dell'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 cit.

Nondimeno, non trattandosi di omissione presidiata da esplicita comminatoria di esclusione, si ritiene che essa non assuma rilevanza ai fini dell'accoglimento del motivo di ricorso *de quo*, avuto anche riguardo alle difese svolte sul punto da s.r.l. e della circostanza che, ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 cit., costituisce causa di esclusione la circostanza che il costo del personale sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16, relativamente alle quali ultime l'offerta della ricorrente principale è esaustiva.

In aggiunta a quanto appena detto, costituisce un ulteriore dato di fatto, in sé non opinabile, che s.r.l. abbia manifestamente sottostimato il costo dei mezzi, dei noli, delle attrezzature e degli ammortamenti ai fini dell'eventuale esecuzione del contratto, sol che si consideri la grave discrasia esistente tra l'indicazione, nelle giustificazioni dell'anomalia, della disponibilità di 81 unità (mezzi e attrezzature) e i dati riportati nella tabella riepilogativa allegata, ove ne risultano solo 17.

È questo un profilo di palese incongruenza dell'offerta di s.r.l. che non è stato tenuto in considerazione nel giudizio finale di non anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante, la cui determinazione conclusiva risulta quindi viziata dal punto di vista logico per essersi fondata su un quadro conoscitivo fortemente carente.

Nel medesimo ordine di idee, anche le gravi ed oggettive lacune del libro cespiti prodotto da s.r.l., ben illustrate dalla ricorrente incidentale, oltre a costituire anche esse un dato oggettivo, si appalesano tali da ostacolare la corretta ricostruzione della dotazione di mezzi della società offerente e dei relativi ammortamenti, ridondando negativamente sulla possibilità, da parte della stazione appaltante, di pervenire a un consapevole e fondato giudizio positivo sulla non anomalia dell'offerta cui accedono, concorrendo con le sottovalutazioni di costi di cui si è detto poc'anzi.

Infine, con riguardo all'omessa evidenziazione dei costi relativi ai ripristini stradali e di gestione ambientale, con riferimento alle analisi fornite da laboratorio accreditato, si ritiene che tale incongruenza, unitariamente valutata con le sottostime dei costi dei mezzi, dei noli, delle attrezzature e degli ammortamenti, concorra anche essa a definire quel quadro di grave illogicità ed irragionevolezza del giudizio positivo di non anomalia denunciato dal ricorrente ed utilmente valutabile ai fini dell'accoglimento del secondo motivo di ricorso incidentale.

2.3 Nel terzo e ultimo motivo di doglianza, l'Impresa fa valere: violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara e dell'art. 10 del capitolato; eccesso di potere per travisamento dei fatti, irragionevolezza e illogicità manifeste, difetto di istruttoria e motivazione; carenza di interesse al ricorso.

2.3.1 Con il motivo in parola, dunque, è censurata la non corretta attribuzione di una specifica voce di punteggio all'offerta di s.r.l., da parte del seggio di gara, traendone la conseguenza dell'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse.

In particolare, la ricorrente incidentale contesta l'attribuzione di 0,9 punti su un massimo di 1,0 relativamente alla gestione ambientale per quanto riguarda il contenimento del rumore – poiché s.r.l. utilizzerebbe macchinari rumorosi – e di 0,95 punti su un massimo di 1,0 per la gestione ambientale sotto il profilo dell'efficienza dei mezzi – perché la ricorrente principale impiegherebbe mezzi datati.

2.3.2 Il terzo motivo di ricorso incidentale, con il quale si contesta una parte della valutazione che dell'offerta tecnica di s.r.l. ha fatto il seggio di gara, è inammissibile perché mira in modo evidente a sostituire a specifici giudizi tecnico-discrezionali dell'Amministrazione delle considerazioni di merito soggettive sulla maggiore o minore rumorosità ed efficienza dei mezzi e degli strumenti impiegati da s.r.l.

Al riguardo, si rileva che il punteggio assegnato in sede di valutazione delle offerte tecniche costituisce il risultato di una valutazione tecnico-discrezionale riservata alla stazione appaltante e insindacabile nel merito dell'attribuzione dei singoli punteggi da parte del giudice amministrativo, fatti salvi i profili di illogicità e irragionevolezza manifesta o di macroscopici errori di fatto (cfr.: Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2018 n. 2013; sez. III, 14 novembre 2017 n. 5258; sez. V, 6 settembre 2017 n. 4225; sez. V, 18 luglio 2017 n. 3553; sez. V, 11 luglio 2017 n. 3400; sez. III, 25 novembre 2016

n. 4990; sez. IV, 26 agosto 2016 n. 3701; sez. V, 5 aprile 2016 n. 1331; sez. V, 22 marzo 2016 n. 1168; sez. V, 25 febbraio 2016 n. 761).

Nella specie, sebbene la presenza dei profili di incongruità denunciati non appaia del tutto irragionevole, la loro sussistenza non può dirsi comprovata, tenuto conto dell'assenza di supporto scientifico e delle spiegazioni specificamente fornite sul punto dalla ricorrente principale, che a loro volta non sono irragionevoli.

3. Dall'accoglimento del ricorso incidentale escludente proposto dall'Impresa deriva *de plano* l'inammissibilità di quello principale, integrato da motivi aggiunti, proposto da s.r.l., per carenza di legittimazione ad impugnare della ricorrente principale non aggiudicataria che doveva essere esclusa dalla gara.

4. Si rileva, poi, che s.r.l. non potrebbe ricavare dall'eventuale accoglimento del proprio ricorso nemmeno la soddisfazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, dal momento che le richieste di tutela da essa formulate sono funzionali a ottenere non la riedizione della procedura ma l'aggiudicazione del lotto n. 2 in luogo dell'Impresa; possibilità invece esclusa dal riconoscimento della fondatezza dell'impugnativa incidentale di controparte.

Pertanto, non sussistono nel caso di specie quelle esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive che, anche in coerenza con i vincoli derivanti all'Italia dall'appartenenza all'Unione europea, impongono, in materia di appalti pubblici, l'esame anche del ricorso principale in presenza di un ricorso incidentale paralizzante ritenuto fondato (*ex plurimis*: Cons. Stato, sez. IV 13 dicembre 2017 n. 5871; sez. V, 14 novembre 2017 n. 5246; sez. V, 14 novembre 2017 n. 5245; sez. III 28 luglio 2017 n. 3784; sez. III, 11 luglio 2017 n. 3422; sez. III, 26 agosto 2016 n. 3708; T.A.R. Basilicata, sez. I, 14 novembre 2017 n. 707; T.A.R. Umbria, sez. I, 6 ottobre 2017 n. 620; T.A.R. Veneto, sez. I, 15 marzo 2017 n. 273; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 6 febbraio 2017 n. 1924; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 25 gennaio 2017 n. 508).

5. Stante la complessità delle questioni giuridiche trattate e il mancato esame nel merito delle censure articolate nel ricorso principale integrato da motivi aggiunti, dichiarato inammissibile, si ritiene sussistano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara inammissibile quello principale integrato da motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Roberto Maria Bucchi, Consigliere

Valerio Torano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valerio Torano

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO