



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quarta)**

**ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1564 del 2020, proposto da [REDACTED] S.r.l. in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I. con [REDACTED] S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

[REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati [REDACTED], [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio [REDACTED] in Roma, via [REDACTED];

nei confronti

A.T.I. [REDACTED] non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di [REDACTED] Napoli S.p.A. PROT. TANA/NA/08.04.20/0000788/EU, del 8.4.2020, a firma del Responsabile del Procedimento [REDACTED], che dispone ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. a) e b) del Dlgs 50/2016- l'esclusione dell'A.T.I. [REDACTED] S.r.l. (e del costituendo RTI con [REDACTED]) dalla procedura di gara per l'Accordo Quadro Misto Servizi e Lavori con unico operatore per la Manutenzione Ordinaria e Ricorrente della tratta autostradale di

competenza della ██████████ S.p.A., Codice Appalto 237, C.I.G. 7941585343-, sul presupposto dell'anomalia e incongruità dell'offerta;

della nota rubricata "relazione in merito alla valutazione delle offerte anomale predisposta dal RUP" (██████████) del 18.3.2020, trasmessa via pec in data 20.4.2020, a seguito di

istanza ostensiva della ricorrente, con la quale si ritiene che nel complesso non possa essere assicurato dall'offerente A.T.I. ██████████ S.r.l. il corretto ed integrale soddisfacimento delle prestazioni contrattuali e, pertanto, l'offerta è stata ritenuta anomala;

della nota PROT. TANA/NA/27.04.20/0000835/EU, del 27.4.2020, dell'aggiudicazione in favore della società Edil San Felice S.p.A. in RTI con la mandante Bonifico Group S.r.l., comunicata in pari data, per illegittimità derivata,

ove occorra, se del caso, della declaratoria di annullamento e/o inefficacia del contratto di appalto, se ed in quanto stipulato, ex art. 122 e ss. c.p.a., con risarcimento in forma specifica con

ordine di subentro del R.T.I. ricorrente, nell'esecuzione del contratto, manifestando sin d'ora l'interesse al subentro ex art. 124 c.p.a., ovvero, in via gradata, per la declaratoria di meritevolezza

dell'interesse strumentale alla riedizione della gara;

nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

nonché in alternativa

per la condanna della S.A. al risarcimento danni per equivalente in favore del R.T.I. ricorrente, in termini di danno emergente e lucro cessante (sia danno da perdita di chance 10%, sia del danno curriculare), ovvero a titolo di responsabilità da contatto sociale qualificato, ovvero, in alternativa, di responsabilità precontrattuale per violazione dei principi di correttezza, lealtà e buona fede;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ██████████ S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020 il dott. Luca Cestaro, celebrata l'udienza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale ai sensi degli artt. 4 co. 1 del D.L. 28/2020 (conv. con L. 70/2020) e 25 del D.L. 137/2020;

## FATTO

1.1. Con ricorso notificato ai soggetti meglio in epigrafe indicati in data 8 maggio 2020 e depositato il successivo 22 maggio, la parte ricorrente (la ██████████ s.r.l.) contesta l'esclusione del costituendo raggruppamento nel quale riveste il ruolo di mandataria dalla procedura di gara per l'Accordo Quadro Misto Servizi e Lavori con unico operatore per la manutenzione ordinaria e ricorrente della tratta autostradale di competenza della ██████████ S.p.A., (Codice Appalto 237, C.I.G.

7941585343 con importo a base d'asta di euro 1.162.097,16), sul presupposto dell'anomalia e dell'incongruità dell'offerta.

1.2. La parte ricorrente censura gli aspetti di seguito indicati.

Ia) La violazione del principio del contraddittorio in quanto, alla prima richiesta di chiarimenti, è seguita l'esclusione in relazione a pretese carenze documentali -comunque inesistenti- senza far luogo a un ulteriore momento di contraddittorio, imposto dal rispetto del principio anzidetto.

Ib) L'insussistenza dei presupposti per disporre l'esclusione dell'offerta della ricorrente come enunciati dall'art. 97 cod. appalti.

II) L'irragionevolezza e il travisamento alla base della valutazione del RUP nella parte in cui ha contemplato solo 16 voci di costo su 99 e, inoltre, ha ricalcolato il ribasso nella percentuale del 59,21% anziché in quello dichiarato in sede di offerta, pari al 56,995%; l'esame parcellizzato e incompleto dell'offerta, oltre a costituire, di per sé, un vizio ha comportato l'indebito ricalcolo dell'offerta.

III) L'irragionevolezza con riferimento alla valutazione di incongruità delle singole voci di costo ritenute tali.

In particolare, la parte ricorrente muove le contestazioni indicate di seguito.

III a) quanto alla pretesa mancanza di documentazione relativa ai costi della manodopera (il ricorrente non avrebbe fornito le tabelle salariali né un dettaglio analitico per la determinazione dell'importo complessivo della manodopera), l'ATI ha offerto un costo esattamente corrispondente a quello ipotizzato dalla S.A. nel disciplinare di gara (art. 2 pag. 9 secondo capoverso) con conseguente inutilità di qualsivoglia giustificazione; l'appalto, peraltro, come dichiarato nella stessa documentazione di gara prevede l'esecuzione "... di servizi altamente standardizzati e a bassa intensità di manodopera, ai sensi degli artt. 60 e 95 comma 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. ..." di talché non si vede perché la Stazione appaltante avrebbe determinato nel 51,82% l'incidenza della manodopera anziché nella percentuale indicata nell'offerta medesima.

III b) Quanto alla voce "mezzi d'opera e attrezzature", la S.A. lamenta, invero solo genericamente, l'insufficienza della documentazione commerciale e la sottostima dei costi orari in relazione ai valori di mercato nonostante che la ricorrente abbia prodotto gli estratti dei libri beni ammortizzabili per ciascuna delle apparecchiature nonché le offerte economiche dei propri fornitori.

III c) Quanto alla voce "materiali di fornitura e semilavorati", il RUP contesta che il concorrente non abbia fornito alcuna documentazione commerciale e relative schede tecniche e/o certificazioni CE a supporto dei materiali/forniture allocati nelle singole analisi di costo, così come indicato nelle "istruzioni per le redazioni delle analisi", senza considerare che l'ATI ha prodotto apposite offerte commerciali per la fornitura di tali materiali;

III d) Quanto all'analisi dei prezzi, il RUP si limiterebbe a evidenziare, solo genericamente, che "si evidenziano dei potenziali maggiori costi per l'erogazione delle attività prese in esame, in quanto dagli elementi analizzati, risultano evidenti sottostime in relazione alla produttività media attesa, nella fattispecie:

- Produzione oraria attesa, sovrastimata in relazione alle prestazioni da erogare;

- L'organico della manodopera, appare sottostimato in relazione alle prestazioni da erogare;
- Mezzi d'opera ed attrezzature, appare sottostimato in relazione alla produttività attesa;
- Non si evince documentazione commerciale a corredo dei costi indicati nelle forniture, noli e dei conferimenti a discarica dei materiali”.

In merito, la ricorrente rileva che: la produzione oraria è pienamente in linea con la produzione media risultante dalle attività svolte dalle aziende che costituiscono l'ATI che avendo una consolidata esperienza pluriennale risultano particolarmente efficienti e, comunque, tale dato non può essere contestato afferendo al *know how* aziendale dei partecipanti; l'organico non può essere sottostimato per avere l'ATI recepito esattamente le indicazioni fornite dal disciplinare di gara in tema di manodopera; parimenti, l'ATI si è conformata alle indicazioni di gara per i mezzi d'opera e per le attrezzature in relazione a cui ha, comunque, fornito ampi giustificativi; viene completamente misconosciuta l'ampia documentazione prodotta dall'ATI.

III e) Quanto alle spese generali, la parte ricorrente muove le seguenti ulteriori osservazioni.

III e.1) In merito alla mancata evidenza del personale fisso di cantiere (secondo il Committente individuato nelle figure del Capo Cantiere, Assistenti di Cantiere, personale amministrativo, addetto alla qualità e contabilità) – l'ATI ha fornito ampi chiarimenti nel senso che tali figure siano condivise con altri appalti e non incidono minimamente (“pari a zero”) sul costo complessivo. Peraltro, la presunta necessità di “personale fisso” sui cantieri, viene assolutamente meno nel momento in cui si analizzano le attività oggetto di appalto che risultano assolutamente estemporanee e prive di una pianificazione tale da richiedere impianti fissi di cantiere e relative figure di coordinamento ed assimilate. Parimenti, non è necessaria la presenza fissa di personale per l'assicurazione della qualità così come la presenza di quello per gestione amministrativa e contabilità atteso che trattasi di lavori con ridotta estensione sia economica che organizzativa, per i quali, palesemente ed incontrovertibilmente, non necessita il presidio da parte di dette figure che altrimenti dovrebbero trovare collocazione in appositi spazi (baraccamenti, aree di cantiere fisse, ecc.). Tali ultimi apprestamenti di cantiere, non risultano previsti dal progetto posto a base di gara neanche nell'ambito delle spese per oneri di sicurezza.

III e.2) In merito ai costi relativi al trasporto di attrezzature, gli stessi non possono essere considerati sottostimati considerato quanto riportato al precedente punto III e.1). Tali costi infatti, vengono condivisi con tutti gli altri cantieri e con tutte le altre commesse che le aziende dell'ATI hanno in corso di esecuzione tanto da risultare irrisori;

III e.3) In merito alla mancata evidenza del dettaglio analitico per costi relativi ai pedaggi, tale dettaglio non era richiesto dai documenti di gara e dalla modulistica predisposta dall'Ente per la giustificazione del ribasso offerto. Tale costo, in ogni caso, è stato considerato come già chiarito nei precedenti punti e come evidenziato nella Relazione di Accompagnamento Giustificativi;

III e.4) Quanto, infine, ai costi delle polizze assicurative, l'ATI ha prodotto le offerte commerciali di diverse aziende di settore che sono state totalmente misconosciute dalla Stazione appaltante;

IV) l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata per essersi esclusa l'ATI ricorrente già prima classificata.

La parte ricorrente conclude chiedendo il subentro nel servizio e, solo in subordine, il risarcimento per equivalente.

1.3. Con memoria per la camera di consiglio la ██████████ s.p.a. (Stazione appaltante, S.A.) rileva come l'art. 97 co. 6 cod. app. consenta la verifica "in ogni caso" in cui specifici elementi inducano a ritenerla incongrua e che, nel caso di specie, la differenza tra i ribassi offerti dalle due partecipanti è talmente evidente (56,99% a fronte del 9,66%) da giustificare senz'altro la verifica. Le valutazioni effettuate, comunque, sarebbero, oltre che frutto di insindacabile discrezionalità tecnica, relative alla mancata inclusione nell'offerta di alcune voci di costo di talché non sussistono i profili di irragionevolezza lamentati. Con successiva memoria, la S.A. ha riportato le conclusioni del RUP in merito all'ampia sottostima dei costi (spesso derivante da una sovrastima della produttività) operata dall'ATI ricorrente.

1.4. Va detto che il ricorso non ha visto pronunce cautelari in quanto, all'udienza camerale del 10.06.2020, la parte ricorrente ha chiesto la cancellazione della causa dal ruolo delle sospensive e, inoltre, ha chiesto rinvio per proporre motivi aggiunti (evento che, peraltro, non si è verificato); alla successiva udienza pubblica dell'11.11.2020, la Stazione appaltante ha chiesto rinvio per il mancato rispetto dei termini di cui al combinato disposto degli artt. 71 co. 5 e 119 co. 2 c.p.a. La causa è, quindi, passata in decisione all'esito dell'udienza pubblica, svolta con le modalità indicate in epigrafe, del 03.12.2020.

## DIRITTO

2. Ancor prima di passare alla trattazione del merito del ricorso, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «in forma semplificata» potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.).

3.1. Nel merito, occorre analizzare prioritariamente le ragioni alla base dell'esclusione quali si evincono dalla relazione del RUP datata 18.03.2020, versata in atti.

3.2. Occorre premettere che la verifica di anomalia dell'offerta, avente a oggetto un'attività tecnico discrezionale, è sindacabile dal G.A. solo sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza (tra le tante, v. C.d.S., sez. III, n. 1609/2018); al giudice è senz'altro precluso di sostituire la propria valutazione a quella operata dalla P.A. scrutinabile solo per vizi macroscopici e riconducibili ai profili appena richiamati.

Nel caso di specie, come meglio si dirà in seguito, sono ravvisabili profili di irragionevolezza e di inadeguatezza della valutazione tecnico-discrezionale della P.A.

4.1. In primo luogo, giova rammentare che la valutazione operata dalla P.A. deve essere "globale e sintetica" senza che essa possa concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci; ciò in quanto il giudizio di anomalia deve tendere ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 10/01/2018, n.221). Si è, in tal senso, affermato che finanche la sottostima di singole voci non sia in grado di inficiare l'offerta che nel suo complesso risulti attendibile (v. Consiglio di Stato sez. V, 03/04/2018, n.2053).

4.2. Ebbene, come rilevato dalla parte ricorrente, il RUP ha preso in esame solo 16 voci, sia pur significative, a fronte delle 99 previste. Inoltre, in funzione, di tale delimitazione (ossia dell'esame di solo 16 su 99 voci), il RUP ha inteso ricalcolare il ribasso d'asta portandolo da 56,99% al 59,21%.

Tale modo di procedere appare, invero, irragionevole; per quanto le voci analizzate siano rilevanti, non emerge, dalla lettura della richiamata relazione, la ragione per cui il calcolo del ribasso sia stato effettuato con riferimento a sole alcune e non anche ad altre voci dell'offerta. In tal senso, l'affermazione della difesa della S.A., secondo cui si sarebbe calcolato il ribasso "reale" anziché quello dichiarato, resta indimostrata; gli atti di causa evidenziano, piuttosto, che il ribasso sia stato calcolato solo su alcune voci.

5.1. Occorre osservare, peraltro, che la differenza evidenziata all'esito del ricalcolo effettuato, pur in modo improprio per quanto detto, non è tanto rilevante da portare senz'altro a escludere ex se la correttezza della valutazione di anomalia operata dalla S.A.: ammonta, infatti, ad appena il 2,22%.

È necessario, allora, esaminare la motivazione, riferita alle singole voci, con cui si è ritenuta incongrua l'offerta della parte ricorrente.

Ebbene, rispetto alla manodopera, il RUP ne ricalcola l'incidenza e il costo sulla base dell'analisi delle indicate 16 voci di prezzo, finendo con il concludere nel senso dell'inattendibilità di un'offerta che pure, quanto appunto alla manodopera, ricalcava esattamente la stima effettuata nel disciplinare di gara (v. l'art. 2, € 203.025,12).

Tale modo di procedere, nella misura in cui si esamina solo una porzione dell'offerta, è impropria per le stesse ragioni indicate al capo che precede: è ben possibile che il costo complessivo della manodopera sia attendibile in rapporto a tutte le voci di cui si compone l'offerta. Peraltro, è corretta la prospettazione della parte ricorrente nel senso che la conformità dell'offerta alla cifra indicata nel disciplinare escludesse la necessità di particolari giustificazioni in merito ai costi riferibili, appunto, alla manodopera.

La mancanza di alcuni elementi dell'offerta (capisquadra), poi, avrebbe potuto essere valorizzata quale difformità dell'offerta da quanto richiesto negli atti di gara, ma non – com'è avvenuto – in modo parcellizzato per ritenere l'incongruità complessiva dell'offerta in sede di verifica dell'anomalia.

5.2.1. Per quel che riguarda i mezzi, indicati singolarmente nella relazione del RUP (p. 4 e ss.), la parte ricorrente dimostra di aver prodotto il registro dei beni ammortizzabili e, inoltre, diverse offerte economiche relative ad alcuni mezzi presi a nolo (v. doc. 6 allegato alla memoria dell'8.6.2020).

La relazione del RUP, senza dar conto puntualmente dei giustificativi relativi ai singoli mezzi riportati tra i mezzi ammortizzabili o presi a nolo, dà atto dell'assenza di specifica evidenza nel libro dei cespiti, dei beni in argomento e, per lo più genericamente, ritiene sottostimati i costi dei ricambi e dei carburanti.

5.2.2. Quanto al primo aspetto, coglie nel segno l'obiezione di parte ricorrente relativa al difetto del contraddittorio; sebbene l'art. 97 del d.lgs. 50/2016 non regoli secondo precise scansioni il procedimento di anomalia (come avveniva in passato), non può escludersi che, all'esito di giustificazioni ritenute incomplete, sia opportuno e, persino, necessario introdurre ulteriori momenti di interlocuzione.

In pratica, seppure l'ulteriore fase di confronto procedimentale dopo la presentazione delle giustificazioni non sia più imposta dalla legge, ciò non esclude che la Stazione Appaltante possa essere tenuta a richiedere ulteriori chiarimenti allorché le circostanze concrete lo richiedano per l'incompletezza delle giustificazioni.

La normativa del nuovo Codice dei contratti pubblici, stante la sua diretta derivazione comunitaria, deve essere necessariamente interpretata in coerenza con i superiori principi di riferimento e, in particolare, con l'art. 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui "*l'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente*", in tal modo garantendo il pieno contraddittorio anche (laddove necessario) mediante più passaggi procedurali volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 03/12/2019, n.1581; T.A.R. Campania Napoli, 19.10.2017 n. 4884, T.A.R. Marche, 23.01.2017 n. 66).

Il rispetto del principio del contraddittorio resta, quindi, un criterio guida nel procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta a cui la Stazione appaltante deve conferire il carattere dell'effettività (v. Consiglio di Stato sez. V, 25/03/2019, n. 1969; Consiglio di Stato sez. V, 23/01/2018, n.430) e ciò ben può avvenire mediante la previsione di momenti di confronto che si rendano, in concreto, necessari a prescindere dalla loro espressa previsione in sede normativa.

Nel caso di specie, il RUP rileva che nel registro dei beni ammortizzabili non siano evidenziati specificamente i mezzi offerti (in particolare, essi sono indicati per modello, per marca o per targa, ma tale indicazione non è ricondotta alla tipologia di mezzi previsti nell'offerta), circostanza che avrebbe indubbiamente richiesto un ulteriore momento di contraddittorio da effettuarsi mediante la richiesta di precisazioni all'RTI ricorrente; quest'ultimo sarebbe, così, stato messo in condizione di chiarire a quali dei mezzi inclusi nell'offerta, indicati per tipologia (es. autocarro con gru), si riferissero le indicazioni del libro dei beni ammortizzabili (che riportano la marca o il modello o la targa del mezzo).

5.2.3. Inoltre, e questo è un dato che riguarda la gran parte della relazione del RUP alla base dell'esclusione, si parla di sottostima dei costi o di sovrastima della produttività, in maniera del tutto generica, senza fornire altro parametro di riferimento che non sia l'opinione del RUP stesso.

In particolare, non sono richiamate né allegate le analisi alla base della valutazione di sottostima dei costi o di sovrastima che assumono, così, un inaccettabile carattere di genericità concretante un evidente difetto istruttorio.

6. Tale ultimo aspetto riguarda la parte più corposa della relazione del RUP (parti 4 e 5: analisi dei prezzi nonché delle spese generali, pp. 6 e seguenti) che vedono, oltre ad alcune valutazioni più puntuali (es. riguardanti mezzi che risulterebbero sprovvisti di operatore), altre parimenti generiche relative tanto alla sovrastima dell'organico di manodopera in rapporto alla produttività o alla produttività in sé, quanto alla sottostima dei costi.

Talvolta, la valutazione nel senso che vi sia una sottostima riguarda finanche offerte commerciali di ditte terze (es. rispetto al conferimento dei rifiuti in discarica nonché alle polizze assicurative) e anche in questo caso non si evidenziano quali siano i valori medi di mercato utilizzati come parametro.

Inoltre, non risulta efficacemente smentita, nè nel provvedimento di esclusione né nella relazione del RUP, la prospettazione della parte ricorrente secondo cui: la produttività attesa e la correlativa diminuzione dei costi dipendano dall'elevata specializzazione delle aziende dell'RTI; taluni elementi dell'offerta (personale di cantiere) presentano un costo irrilevante in ragione delle economie di scala dovute al contemporaneo svolgimento di più servizi analoghi e alla minima percentuale che l'appalto in oggetto costituisce in rapporto alla complessiva attività delle aziende dell'RTI.

7.1. Conclusivamente, va detto che - per quanto la valutazione sull'anomalia dell'offerta fosse senz'altro consentita nel caso di specie anche per l'elevato ribasso offerto dall'RTI ricorrente (v. art. 97 co. 6 ult. periodo cod. appalti: *“La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*) – la valutazione di anomalia dell'offerta alla base dell'esclusione della ricorrente è incongrua e inadeguata nella misura in cui è effettuata solo su alcune voci dell'offerta e senza un'adeguata motivazione; inoltre, le circostanze sopra descritte avrebbero richiesto un ulteriore momento di confronto in rapporto alle ritenute carenze documentali.

Per le superiori considerazioni il ricorso va accolto per l'irragionevolezza assoluta della motivazione come sopra specificato e per l'effetto va annullata l'esclusione disposta dalla S.A. nei confronti della ricorrente, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

7.2. L'obiettiva complessità della fattispecie induce alla integrale compensazione delle spese di lite.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- ) lo accoglie come in motivazione precisato e, per l'effetto, annulla l'impugnata esclusione;
- ) compensa le spese di lite;
- ) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere, Estensore

Anna Corrado, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Cestaro

IL PRESIDENTE

Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO