



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7648 del 2011, proposto da:
Schiavo & C. S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Lentini, con
domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Consorzio di Bonifica dell'Oristanese, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Pilia,
con domicilio eletto presso Franco Pilia in Roma, piazza dei Prati degli Strozzi, 22;

nei confronti di

S.A.I.B.O. S.r.l., A.T.I. Co.Me.Car. S.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Enrico
Maria Mastinu, con domicilio eletto presso Cons. di Stato Segreteria in Roma, p.za
Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA, Sez. I n. 00466/2011, resa tra le parti,
concernente appalto lavori di riassetto funzionale canale adduttore sinistra Tirso;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale di S.A.I.B.O. S.r.l., A.T.I. Co.Me.Car. S.r.l.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica dell'Oristanese, di S.A.I.B.O. S.r.l. e di A.T.I. Co.Me.Car. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2013 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Lentini, Pilia, Uzzan in delega dell'avvocato Mastinu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 12/2010 il Consorzio di Bonifica dell'Oristanese aveva indetto procedura di gara per l'affidamento dei lavori di "riassetto funzionale canale adduttore sinistra Tirso" con importo a base d'asta di € 7.549.178,21 ed aggiudicazione in favore del prezzo più basso, gara cui avevano preso parte 17 imprese.

La Schiavo & C. s.p.a. si classificava seconda con un ribasso del 28,850% superata dalla società Opere Idriche che aveva offerto un ribasso del 38,108%.

La stazione appaltante aveva allora attivato il sub procedimento di verifica della congruità delle offerte ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 163 del 2006, determinando la soglia di anomalia nella percentuale del 25,151% ed escludendo quindi le prime sei offerte, tutte anomale e tutte ritenute non giustificabili, affidando i lavori all'a.t.i. Come.Car s.r.l. – S.a.i.b.o. s.r.l.

La Schiavo & C. aveva proposto ricorso davanti al TAR della Sardegna, sostenendo che la commissione aveva disatteso tale parametro preventivo dichiarando incongrua la sua offerta che superava di oltre 500.000 €. il prezzo medio di mercato ed aveva dedotto in sintesi la violazione degli artt. 87 e 88 del

d.lgs. 163 del 2006, la violazione della disciplina di gara (pag. 14 del disciplinare) e del giusto procedimento, eccesso di potere per sviamento – arbitrarietà – difetto di istruttoria – di motivazione – illogicità – erroneità – travisamento, insistendo sia sull'illegittimità delle singole contestazioni, sia sull'illegittimità del giudizio di anomalia per omessa valutazione dell'inattendibilità dell'offerta nel suo complesso. Si costituivano in giudizio l'Amministrazione intimata e l'A.T.I. controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso, proponendo quest'ultima ricorso incidentale condizionato dalla eventuale interpretazione, propugnata dalla ricorrente principale, delle contestate clausole di pagina 14 del disciplinare di gara riferite al prezzo medio di mercato.

Il TAR rigettava la domanda cautelare, che veniva invece accolta in riforma dal Consiglio di Stato.

Successivamente la Schiavo & C. proponeva atto di motivi aggiunti per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 7.09.2010 tra il Consorzio di Bonifica dell'Oristanese e l'a.t.i. controinteressata e quindi, con sentenza n. 466 dell'11 maggio 2011, il TAR respingeva il ricorso principale e dichiarava conseguentemente improcedibile il ricorso incidentale.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 24 settembre 2011 la Schiavo & C. impugnava la sentenza in questione sulla base delle seguenti considerazioni:

1. *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 86 D. Lgs. 163/2006. La sentenza impugnata ha erroneamente escluso che il bando di gara ponesse un autovincolo alla stazione appaltante sulle modalità di verifica di anomalia delle offerte. In realtà, a pag. 14 il bando introduce criteri oggettivi per il procedimento di cui sopra, riconoscendo il criterio del valore medio dei prezzi offerti dai concorrenti ammessi e prevedendo indagine solo sui prezzi inferiori ai valori medi e ritenendo così congrui di diritto i prezzi superiori a tali valori. Né si può dubitare della legittimità di questa regola, poiché l'art. 86 del codice dei contratti definisce il metodo di

calcolo della soglia di anomalia, l'art. 87 individua a titolo esemplificativo alcune voci che possono essere oggetto di giustificazioni e comunque la necessità di un giudizio complessivo, l'art. 88 regola le forme del contraddittorio. Il bando non prevede alcuna difformità rispetto questi principi e determina soltanto criteri e parametri preventivi per l'esercizio della discrezionalità tecnica della commissione di gara.

2. *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 86 e ss. D. Lgs. 163/2006. Nemmeno è corretto attribuire un significato meramente ausiliario alla disciplina prima descritta desumendolo da un'interpretazione letterale, anche perché la previsione del bando richiama regole di logica e di congruità.

3. *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 86 e ss. D. Lgs. 163/2006. Le voci di prezzo unitario inferiori al valore medio di mercato sono solo 23 per scostamenti minimi e per un totale del 2,6%, viene una sovrastima di oltre €. 500.000 delle altre voci, una previsione di ulteriori €. 92.000 per costi imprevisti e un ampio margine di utile e di spese generali. Quindi il richiamo ad una pretesa incongruità è del tutto irragionevole.

4. *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 86 D. Lgs. 163/2006. La sentenza impugnata ha del tutto ignorato l'incidenza della presunta sottostima sul valore complessivo dell'offerta per poterne logicamente sostenere la reale inattendibilità. Dunque non si comprende come la stazione appaltante sia pervenuta ad un giudizio di inattendibilità complessiva dell'offerta, anche alla luce della predetta sovrastima.

5. *Error in iudicando*. Violazione degli artt. 87 e 88 D. Lgs. 163/2006, della disciplina di gara (pag. 14 del disciplinare) e del giusto procedimento. Eccesso di potere sotto svariati profili. L'appellante riproponeva le contestazioni non esaminate dal TAR e concernenti le singole voci al di sotto della media dei prezzi offerti e concludeva

per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese e la domanda di subentro nell'esecuzione dei lavori.

Si sono costituiti in giudizio l'Amministrazione intimata e l'a.t.i. controinteressata sostenendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto, ed inoltre l'a.t.i. Come.Car s.r.l. – S.a.i.b.o. s.r.l. ha proposto appello incidentale condizionato al pari di quanto sostenuto in primo grado, circa le contestate clausole di pagina 14 del disciplinare di gara.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

In sintesi la Schiavo & C. s.p.a. sostiene che il punto 2) di pag. 14 del disciplinare di gara introdurrebbe criteri oggettivi per il procedimento, prevedendo indagine solo sui prezzi inferiori ai valori medi e ritenendo così congrui di diritto i prezzi superiori a tali valori e ciò come linea guida generale per la verifica di congruità delle singole offerte anomale; in ogni caso le voci di prezzo unitario inferiori al valore medio di mercato offerte dall'appellante hanno uno scostamento dalla media del tutto minimo e vanno lette unitamente alle sovrastime di altre voci, all'inserimento di imprevisti ed all'ampio margine di utile, rendendo così il giudizio di incongruità del tutto illogico. Ancora, all'esame analitico delle voci "indagate" non sarebbe poi seguito il dovuto giudizio sul valore complessivo dell'offerta che è quello che ne deve sindacare necessariamente l'attendibilità complessiva, autentico dato fondamentale.

Il Collegio non trova ragioni per discostarsi dalle conclusioni tratte dalla sentenza impugnata, conclusioni che vengono affrontate dall'appellante con le prime quattro censure, tutte ruotanti su di un singolo tema sul quale si fonda l'intera controversia, ossia il punto 2) sopra menzionato, così come riassunto a pag. 9 della sentenza del TAR della Sardegna.

La regola posta dal disciplinare di gara per la valutazione delle offerte anomale deve essere letta complessivamente alla luce dei principi che governano la materia, così come posti dal codice dei contratti pubblici.

Il disciplinare alla pag. 14 recita testualmente:

‘La valutazione della congruità o non congruità dell’offerta, sarà effettuata sulla base delle relative norme di legge (art. 86 e ss. del d.lgs. 163 del 2006) anche con l’ausilio della seguente procedura:

si individueranno le più significative lavorazioni e forniture della lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l’esecuzione dei lavori i cui costi ottenuti in base alla quantità ed al prezzo previsti nel bando di gara, disposti in ordine decrescente;

si considererà per le principali lavorazioni o forniture, così ottenute ed ordinate, il più probabile prezzo di mercato quello ottenuto sulla base della media aritmetica dei prezzi unitari offerti dai concorrenti ammessi diminuita dello scarto quadratico medio dei suddetti prezzi unitari, ed il prezzo unitario offerto, qualora sia inferiore al detto prezzo di mercato sarà considerato presuntivamente non congruo, fatto salvo che tale differenza negativa, in base ai documenti di giustificazione presentati dal concorrente su richiesta della stazione appaltante, sia adeguatamente giustificata per le economie del procedimento di costruzione di cui il concorrente intende fare uso e/o per le soluzioni tecniche che intende adottare e/o per le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone’.

Si deve partire dal principio di cui all’art. 1363 cod. civ. valido per l’interpretazione anche degli atti amministrativi, per cui le singole disposizioni di un provvedimento devono essere interpretate le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che deriva dal complesso dell’intero provvedimento; a ciò va aggiunto il principio di conservazione degli atti giuridici, art. 1367, le disposizioni devono essere interpretate rinvenendone un effetto, e l’art. 1369, vale a dire che le singole disposizioni devono essere inteso in senso più appropriato alla natura dell’articolo.

Dato quanto sopra, non si può quindi prescindere dalla regola primaria posta dal disciplinare, cioè che la valutazione della congruità della non congruità delle offerte deve essere svolta sulla base delle relative norme di legge, a partire dall'art. 86 e ss. D. Lgs 163/2006.

Il comma 1 dell'art. 86 predetto stabilisce che ove il criterio di aggiudicazione previsto sia quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti devono valutare la congruità delle offerte recanti un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, escludendo il 10% arrotondato all'unità superiore per le offerte di maggiore e di minore ribasso, con un incremento dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

Dunque, proprio in corretta esecuzione di tale previsione di legge, lo stesso disciplinare a pag. 10 ha previsto che, dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, la stazione appaltante debba procedere alla verifica dei conteggi della lista delle categorie di lavorazione e forniture previste per l'esecuzione dei lavori ed in dipendenza di ciò, ha stabilito la presentazione di documenti di giustificazione dei prezzi unitari offerti, con l'analisi di ogni prezzo offerto sulla base di scheda messa a disposizione, con una tabella riassuntiva conforme a schema predisposto, con relazione esplicativa delle metodologie di redazione e di documentazione delle giustificazioni, con i listini dei materiali utilizzati con l'indicazione della provenienza ed i cataloghi originali delle ditte produttrici, etc., mentre – punto b) a pag. 11 – l'eventuale verifica di congruità dell'offerta sarà condotta sulla base delle quantità previste nella lista delle categorie di lavorazione e forniture previste per l'esecuzione dei lavori e delle giustificazioni presentate, mentre queste ultime dovranno riguardare quanto previsto dall'art. 87 commi 2, 3 e 4 D. Lgs 163/2006 e dovranno essere costituite, per ogni prezzo unitario offerto, sulla base della scheda prima menzionata.

Di seguito il disciplinare dispone che i costi esposti nelle analisi devono rispettare indicazioni attinenti considerazioni generali e tutta una serie di elementi, in parte ripetitivi dell'elencazione di cui all'art. 87 D. Lgs 163/2006 ed in parte inseriti dalla stazione appaltante, in considerazione dell'esemplificazione svolta dal predetto art. 87.

Questo è il sistema fondamentale per la verifica della congruità delle offerte previsto dalla legge di gara e conseguentemente non si può che concordare con le affermazioni della sentenza impugnata circa il carattere ausiliario della procedura di seguito specificata nella pag. 14.

Oltre all'elemento letterale - il disciplinare parla proprio di "ausilio" - e oltre all'elemento interpretativo, così come finora esposto, si deve aggiungere un'ulteriore considerazione.

L'art. 89 D. Lgs 163/2006 prevede al comma 1 che laddove non sia prevista l'applicazione del criterio di cui all'art. 86 comma 1, le stazioni appaltanti tengono conto del miglior prezzo di mercato, ove rilevabile; quindi discende da ciò che trarre il prezzo congruo da una media di prezzi offerti prescindendo dal sistema articolato della definizione di una media tra i ribassi, così come stabilito dall'art. 86 comma 1, è un sistema diverso, se non alternativo, per valutare la congruità delle offerte.

Perciò, dovendo essere fedeli all'impronta generale del disciplinare di gara, si deve escludere che il criterio da ultimo indicato possa essere il fondamento per l'aggiudicazione dell'appalto in controversia.

In conclusione, l'inciso di cui alla pag. 14 del disciplinare si afferma come criterio complementare per l'approfondimento della verifica di congruità e non può assurgere a pietra angolare del criterio di aggiudicazione.

Per quanto concerne le residue censure, vale a dire le ulteriori considerazioni di cui ai motivi terzo e il quarto e le analisi svolte nel quinto, si deve rinviare alla

compendiosa relazione svolta dalla commissione giudicatrice ed alle analisi specifiche da questa operate, analisi che hanno coinvolto trentuno prezzi anomali e precisazioni e chiarimenti sull'87% dell'offerta complessiva della Schiavo & C.

Il sindacato sulle singole voci non appare ammissibile in questa sede, poiché investe aspetti prettamente tecnici e la cui lettura non fornisce spunti per una loro irragionevolezza, la quale sola offrirebbe al giudice amministrativo il potere di giungere ad un annullamento.

Ad un primo esame, effettivamente, il giudizio complessivo non appare compendioso - si afferma infatti *“che ladimostrazione di sacche di economia non si sia qui compiuta correttamente e che quindi lacune di inaffidabilità in offerta, soprattutto se riferite ad elementi fondamentali nella stessa, non siano in tal modo sanabili per difetto di dimostrazione. In sintesi, da tutti punti sopra esaminati e da un esame generale dell'offerta emergono numerosi gravi elementi, relativi ad elementi costitutivi fondamentali della stessa, tali da farla considerare nel suo complesso inaffidabile, e quindi inidonea ai fini dell'aggiudicazione, elementi che risultano non assolutamente compensati con indimostrate economie”*.

Se queste conclusioni possono apparire a prima vista eccessivamente sintetiche nella loro globalità, si deve però aggiungere che non può essere ignorata l'analisi a tappeto svolta dalla commissione e dal cui complesso emerge quindi il comportamento corretto della stazione appaltante e la complessiva incongruità dell'offerta della Schiavo & C.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere respinto e conseguentemente va dichiarato improcedibile l'appello incidentale, visto anche il suo carattere strettamente condizionato.

Spese al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio liquidandole in complessivi €. 8.000,00 (ottomila/00) oltre a c.p.a. ed i.v.a. da dividersi in parti eguali tra Ente appellato ed aggiudicataria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/07/2013

IL SEGRETARIO

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