

N. 00210/2014REG.PROV.COLL.

N. 08182/2013 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 8182 del 2013, proposto da:

CESAG S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti, Paola Chirulli e Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso Paola Chirulli in Roma, via Emilia, n. 88;

contro

CS COSTRUZIONI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Merani, Antonella Borsero e Salvatore Dettori, con domicilio eletto presso Salvatore Dettori in Roma, piazza SS.Apostoli, n. 66;

nei confronti di

COMUNE DI FINALE LIGURE, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Massimiliano Rocca e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA – GENOVA, Sez. II, n. 950 del 27 giugno 2013, resa tra le parti, concernente appalto integrato di progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori edili per la nuova sede della pubblica assistenza croce bianca;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cs Costruzioni s.r.l. e del Comune di Finale Ligure;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Inglese, Dettori e Vaiano;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

## FATTO E DIRITTO

1. Il Comune di Finale Ligure ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva e la costruzione della nuova sede della P.A. Croce Bianca e di un locale commerciale sovrastante l'autorimessa di Piazza Donatori di Sangue, per un importo complessivo a base d'asta pari a € 682.134,67, I.V.A. esclusa, di cui € 20.000,00, soggetti a ribasso, per onorari di progettazione; € 662.134,67, per lavori a corpo (di cui € 640.746,30 soggetti a ribasso ed € 21.388,37, per oneri per la sicurezza, non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri (e dei relativi punteggi) espressamente indicati nella lettera d'invito.

Con determinazione dirigenziale n. 102 dell'11 marzo 2013 sono stati approvati i verbali di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di Cesag s.r.l. (che ha conseguito punti 92,10, avendo formulato la seguente proposta: prezzo progettazione € 200,00 [ribasso del 99%]; prezzo lavori € 415.844,35 [ribasso del 35,10%] oltre a € 21.388,37 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; tempi di progettazione giorni 3; tempi di esecuzione lavori: giorni 170; proposte di migliorie tecniche in parte inserite nei prezzi offerti ed in parte valutate specificamente in complessivi € 26.323,37).

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sez. II, con la sentenza n. 950 del 27 giugno 2013, nella resistenza del Comune di Finale Ligure e della controinteressata Cesag s.r.l., ha accolto il ricorso proposto da CS Costruzioni s.r.l., seconda classificata con punti 87,05, ed ha annullato l'aggiudicazione in favore di Cesag s.r.l., dichiarando fondato il primo motivo di censura ("Violazione dell'art. 53 d. lgs. 163/2006. Violazione degli artt. 87, 88 e 89 del d. lgs. 163/2006 in merito alla verifica ed esclusione delle offerte anormalmente basse. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Difetto di motivazione. Violazione del principio di libera concorrenza di cui all'art. 2 d. lgs. 163/06. Violazione dei principi di buon andamento di cui all'art. 97 Cost."), in ragione dell'eccessivo ed irragionevole ribasso offerto, sia quanto al prezzo della progettazione, sia quanto ai tempi di progettazione, anche con riferimento alla violazione dell'art. 53, comma 3, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con (altrettanto dichiarato) assorbimento del secondo motivo ("Violazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del d. lgs. 163/2006 in merito alla verifica ed esclusione delle offerte anormalmente basse, sotto diverso profilo. Difetto di motivazione. Errore e travisamento. Carenza di istruttoria. Illogicità manifesta. Violazione dell'art. 32, comma 4, del d. lgs. 207/10").

E' stata respinta la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, atteso che l'oggetto del giudizio non comprendeva anche la correttezza e congruità dell'offerta proposta dalla ricorrente (ferma restando peraltro la potestà dell'amministrazione comunale di procedere a tal fine ai controlli ritenuti più opportuni).

3. Con rituale e tempestivo atto di appello Cesag s.r.l. ha chiesto la riforma della predetta sentenza, lamentandone la erroneità alla stregua di un unico articolato motivo di gravame rubricato "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 55 della direttiva comunitaria 2004/18/CE nonché degli artt. 86, 87 e 88 del d. lgs. n. 163/2006, dell'art. 53 del medesimo d. lgs. n. 163/2006 e degli artt. 1372, 1176 e 1710 cod. civ.; errore sui presupposti e conseguente travisamento".

Ad avviso dell'appellante, infatti, i primi giudici avrebbero aderito alle suggestive, ma infondate, prospettazioni di CS Costruzioni s.r.l., senza tener conto che, per un verso, l'offerta aveva superato positivamente la verifica di anomalia sulla base di precise ed adeguate giustificazioni e, per altro verso, che il ribasso offerto per la voce "prezzo del progetto esecutivo" era fondato sull'esistenza di un accordo quadro con uno studio di architettura, cui conseguivano costi fissi annuali (appostati nelle spese generali di funzionamento), che prescindevano dalla specifica partecipazione alla gara di appalto in questione; ciò senza contare inoltre che non solo lo scarto tra la sua offerta e quella della controinteressata CS Costruzioni s.r.l., pari a punti 5,5, era superiore al punteggio massimo attribuibile alla predetta voce "prezzo del progetto esecutivo" (punti 5), per quanto erronei, ultronei ed ininfluenti (oltre che in parte neppure oggetto di apposita censura) erano i rilievi svolti in ordine alla limitata o attenuata responsabilità dello studio di architettura, con cui era stato stipulato il predetto accordo quadro, nei confronti dell'amministrazione appaltante in relazione ad eventuali vizi o inadempimenti derivanti dalla progettazione esecutiva.

Hanno resistito al gravame sia CS Costruzioni s.r.l., sia il Comune di Finale Ligure, che ne hanno chiesto il rigetto.

4. All'udienza in camera di consiglio del 17 dicembre 2013, fissata per l'istanza cautelare di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, le parti sono state avvertite dell'intenzione della Sezione di decidere l'affare direttamente nel merito.

5. L'appello non merita favorevole considerazione.

5.1. E' noto che la valutazione operata dall'amministrazione appaltante circa la congruità delle offerte costituisce espressione tipica della discrezionalità tecnica che, come tale, sfugge al sindacato giurisdizionale, salvo che non sia macroscopicamente inficiata da arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità ovvero travisamento dei fatti (ex plurimis,

Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 26 giugno 2012, n. 3737).

Sempre in tema di verifica delle offerte sospette di anomalia, è stato affermato che tale verifica è finalizzata non solo in astratto all'apprezzamento della serietà e dell'affidabilità dell'offerta, ma anche a garantire in concreto, secondo un giudizio di ragionevolezza fondato sull'*id quod plerumque accidit*", l'effettiva, corretta ed utile esecuzione dei lavori o fornitura di beni e servizi, facendo in modo che gli appalti siano affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per l'impresa aggiudicataria, "...nella convinzione che le acquisizioni in perdita portino gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre ad un probabile contenzioso; infatti, il consentire la presentazione di offerte senza adeguato utile finirebbe con l'alterare il sistema di libera concorrenza del mercato, permettendo la sopravvivenza alle sole imprese fornite di maggiori risorse economiche, che possono consentirsi contratti in perdita (cfr. fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2003, n. 863)" (Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2063).

5.2. Alla stregua dei delineati indirizzi giurisprudenziali, le conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici in ordine alla erroneità della positiva valutazione dell'offerta presentata da Cesag s.r.l. con riferimento al ribasso del 99% sul prezzo e del 90% sui tempi di redazione del progetto esecutivo) sono da considerare corrette e condivisibili e non risultano scalfite dagli spiegati motivi di gravame.

5.2.1. Quanto al prezzo per la redazione del progetto esecutivo Cesag s.r.l. ha indicato un costo di € 200 (duecento), corrispondente ad un ribasso del 99% su quello posto a base d'asta di € 20.000,00 (ventimila), giustificandolo con la circostanza che detto rientrerebbe nel contratto di collaborazione con lo Coagroup Studio di architettura, atteso che detto contratto "...prevede un compenso per lo studio della gara, per la redazione delle offerte migliorative e, in caso di aggiudicazione, anche i costi per la redazione del progetto esecutivo"... e che "...tali costi vengono riassorbiti nella voce "spese generali" sostenute dall'impresa nella quale confluiscono anche tutti i costi relativi alle gare d'appalto...".

Senonché il citato contratto di collaborazione prevede all'articolo 1 ("Prestazioni") che <le prestazioni oggetto del presente incarico riguardano la consulenza tecnica ed eventuale progettazioni esecutive relative alle gare d'appalto pubblicate da enti pubblici e privati sul territorio italiano con criterio di aggiudicazione "offerta economicamente più vantaggiosa" 1) la redazione completa delle relazioni tecniche, con riferimento al disciplinare di gara, la ricerca di schede tecniche e la redazione di tabelle comparative, redering e diagrammi esplicativi ad esclusione delle pari impiantistiche per le quali verrà svolta attività di coordinamento, accoglimento ed editing delle documentazioni fornite 2) l'eventuale redazione del progetto architettonico esecutivo e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione in caso di aggiudicazione dell'appalto (ove previsto dal bando di gara)>; il successivo art. 3 ("Clausola di aggiudicazione" precisa poi che <In caso di aggiudicazione della gara in oggetto da parte dell'Impresa sottoscrittore il contratto verrà a noi corrisposta una quota premiale pari all'1% dell'importo economico offerto dalla stessa a base di gara. In caso di aggiudicazione si procederà inoltre alla sottoscrizione con l'impresa dell'incarico di redazione del progetto architettonico esecutivo secondo quanto previsto da DPR 207/2010, ad esclusione delle prestazioni inerenti il progetto impiantistico, strutturale, ed eventuali indagini geologiche e geotecniche. Risulta invece incluso il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione...>.

A ciò consegue innanzitutto che il prezzo offerto di € 200,00 non corrisponde affatto al costo della progettazione esecutiva, quanto piuttosto al costo delle attività poste in essere (e dagli elaborati e documenti approntati) dallo studio di ingegneria per consentire alla Cesag s.r.l. di partecipare alla gara, di cui è risultata aggiudicataria, tant'è che il ricordato art. 3 dell'accordo – quadro prevede espressamente per la redazione del progetto architettonico esecutivo la sottoscrizione di un apposito incarico (dal quale sono altrettanto espressamente escluse le prestazioni inerenti il progetto impiantistico, strutturale ed eventuali indagini geologiche e geotecniche): nelle giustificazioni fornite nulla si dice in ordine a detta successiva (e necessaria) convenzione, sia in ordine al suo effettivo contenuto (con riferimento alle ricordate prestazioni escluse), sia in ordine al suo costo.

D'altra parte non può sottacersi che l'art. 4 ("Compensi") del predetto accordo di collaborazione dispone che <i compensi per le prestazioni previste all'art. 1 vengono stabiliti in €/mese 5000,00 e comprendono la redazione la redazione media di n. 3 gare mensili...> ed il successivo art. 5 ("Modalità di pagamento") specifica che il compenso dell'art. 4 verrà saldato mensilmente e che <i compensi relativi all'articolo 3 verranno stabiliti nell'apposito disciplinare che verrà sottoscritto ad appalto aggiudicato".

Ciò esclude che, come sostenuto dall'appellante, il costo della progettazione esecutiva possa rientra nel compenso forfettario mensile di € 5.000 fissato nell'accordo quadro, conteggiato nei costi generali dell'impresa; infatti, anche a voler prescindere dal chiaro tenore letterale della ricordata clausola di cui all'art. 5 e dalla intuitiva circostanza che le spese generali attengono all'esecuzione del progetto esecutivo e dunque non possono logicamente contenere anche quelle per la stessa redazione del progetto esecutivo, è sufficiente rilevare, per un verso, che quel costo forfettario è stato pattuito con riferimento alle prestazioni necessarie per una redazione media di tre gare mensili, senza che tuttavia nessun elemento sia stato fornito sul rispetto di tale clausola in relazione alla specifica gara in esame, e, per altro verso, che, pur a condividere l'assunto della natura meramente esemplificatoria delle voci di spesa indicate nel comma 4, dell'art. 32 del D.P.R. 5 ottobre 2010, non possono ricomprendersi nelle spese generali voci che non attengono alla specifica gara in oggetto, come avverrebbe seguendo la prospettazione dell'appellante proprio in ragione della generalità della previsione dell'art. 3 dell'accordo quadro.

Il costo offerto per la redazione del progetto esecutivo è pertanto evidentemente irrisorio, irragionevole e frutto dell'errata verifica di anomalia da parte della stazione appaltante, come rilevato dai primi giudici (il che rende superfluo l'esame delle peraltro approssimative contestazioni svolte dall'appellante sulle non implausibili considerazioni svolte dai primi giudici in ordine ai possibili contenziosi tra amministrazione appaltante e progettisti [cui, secondo la lex specialis, devono essere direttamente versati i compensi per la progettazione esecutiva], per eventuali vizi ed inadempimenti derivanti proprio dalla progettazione esecutiva).

5.3. Ad analoghe conclusioni deve giungersi anche con riferimento al ribasso offerto (90%) in ordine ai tempi di consegna del progetto esecutivo, indicato dalla Cesag s.r.l. in soli tre giorni (rispetto ai 30 giorni previsti dalla lex specialis).

E' sufficiente rilevare al riguardo che l'impresa appellante non ha minimamente messo in dubbio la complessità intrinseca delle attività necessarie alla redazione del progetto esecutivo e della documentazione che lo compone (ex art. 35, comma 1, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) e non ha neppure indicato le speciali circostanze che ne consentirebbero la redazione nel tempo indicato di tre giorni, avendo piuttosto evidenziato di utilizzare a tal fine il termine di trenta cinque giorni di cui alla clausola stand still, di cui al comma 10 dell'art. 11 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Senonché, anche a voler prescindere dalla effettiva utilizzabilità di tale termine che per le imprese partecipanti comporterebbe un rischio puro e semplice, giammai indennizzabili, che d'altra parte non potrebbe non incidere o comunque incidere sulla stessa serietà ed affidabilità dell'offerta, detto termine non solo si aggiunge al termine indicato per la redazione del progetto esecutivo che sarebbe pertanto di 38 giorni (e non di 3 giorni), per quanto esso dovrebbe essere considerato per tutti i concorrenti.

6. In conclusione l'appello deve essere respinto, potendo tuttavia compensarsi tra le parti le spese del giudizio, stante la complessità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Cesag s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sez. II, n. 950 del 27 giugno 2013, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2014

IL SEGRETARIO

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