

Pubblicato il 16/08/2022

N. 07141/2022REG.PROV.COLL.
N. 04168/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4168 del 2021, proposto da Edil Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide De Vivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Foggia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Puzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fратиanni Antonio S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione Prima, 28 gennaio 2021, n. 173, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Foggia e di Fratianni Antonio S.r.l. Unipersonale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2022 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Palomba, in delega dell'Avv. De Vivo, e Tangari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Edil Costruzioni S.r.l. ha partecipato alla procedura di gara, indetta dal Comune di Foggia, per l'affidamento dei lavori di «efficientamento energetico, adeguamento e messa in sicurezza delle componenti strutturali dell'immobile sito in Foggia al corso Roma», classificandosi al secondo posto della graduatoria scaturita all'esito della valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice. Con determinazione dirigenziale del 23 giugno 2020, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'impresa Fratianni Antonio.

2. Con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Edil Costruzioni ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione, deducendo in particolare l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria sotto il profilo dei costi della manodopera, indicati in soli 9.120,00 euro, a fronte di una stima di euro 192.409,48, effettuata dalla stazione appaltante. La stazione appaltante avrebbe proceduto a una inammissibile correzione dell'offerta, posto che non sarebbe consentito procedere a soccorso istruttorio su elementi essenziali dell'offerta, così come sarebbero inammissibili le modifiche apportate all'offerta dall'aggiudicataria con lo strumento delle giustificazioni presentate in sede di verifica dell'anomalia.

2.1. Il Tribunale amministrativo, che aveva accolto la domanda cautelare rimandando alla stazione appaltante per il riesame dell'offerta sul punto, con

la sentenza della Sezione Prima, 28 gennaio 2021, n. 173, ha respinto il ricorso osservando:

- che l'indicazione del costo della manodopera contenuta nell'offerta economica è stato il frutto di un evidente errore della controinteressata (da qualificare come errore ostativo o nella dichiarazione), che ha indicato una cifra del tutto difforme dal reale costo; errore evidente e riconoscibile e quindi rilevabile *ictu oculi* dal contesto stesso dell'atto, senza bisogno di complesse indagini ricostruttive;
- che anche l'errore nella compilazione del cronoprogramma dei lavori (cui era collegata l'assegnazione di punteggi premiali), censurato dalla Edil Costruzioni per il contrasto con la previsione della *lex specialis* che fissa la durata complessiva dei lavori in un termine non inferiore a 270 giorni, doveva ritenersi riconoscibile e quindi correggibile;
- che è infondata l'ulteriore contestazione riguardante la mancata indicazione dei costi per il conferimento dei rifiuti di lavorazione o di risulta, atteso che detti costi devono ritenersi inclusi nella voce onnicomprensiva del capitolato relativa alla «predisposizione per la stesa ed onere per dare il lavoro finito»;
- che sono infondate anche le altre censure dedotte da Edil Costruzioni, incentrate sulla contestata valutazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

3. La società Edil Costruzioni ha proposto appello, contestando analiticamente le statuizioni della sentenza e riproponendo i motivi del ricorso di primo grado.

4. Resiste in giudizio il Comune di Foggia, chiedendo che l'appello sia respinto.

5. Si è costituita in giudizio anche l'impresa Fratianni Antonio S.r.l. Unipersonale, concludendo per la reiezione del gravame.

6. All'udienza pubblica del 24 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo, la società appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza per non aver escluso dalla procedura di gara l'impresa Fratianni

Antonio, in violazione dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 19.3 del disciplinare del disciplinare di gara (che prevede l'indicazione, a pena di esclusione, in cifre e in lettere, del ribasso offerto in riferimento al costo dei lavori posti a base d'asta e al costo della manodopera) e per non aver rilevato l'inammissibile modifica dell'offerta operata dalla medesima impresa in sede di giustificazioni dell'anomalia. Secondo l'appellante, la Ditta Fratianni Antonio ha indicato, quale costo della manodopera l'importo di 9.120,00 euro (indicato in cifre e in lettere), a fronte di un costo calcolato negli atti progettuali posti a base di gara pari a 192.409,48 euro. Successivamente, in sede di giustificazione dell'anomalia, l'aggiudicataria avrebbe presentato giustificazioni relativamente a un costo della manodopera pari a 164.857,50 euro (importo ricavato dall'appellante mediante somma delle voci di costo). La stazione appaltante, tuttavia, avrebbe proceduto ad una autonoma operazione di rettifica del dato numerico relativo al costo della manodopera attraverso un soccorso istruttorio indebitamente disposto in violazione dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti.

Sotto altro profilo, l'appellante sottolinea che, anche in forza del principio di immodificabilità dell'offerta, l'errore materiale può essere rettificato d'ufficio dall'Amministrazione soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso sia riconoscibile e sia palese l'effettiva volontà negoziale del concorrente senza particolari attività di verifica o di interpretazione circa il contenuto dell'offerta formulata. Nel caso di specie, dalla formulazione del costo della manodopera (indicato in cifre e in lettere nell'errato importo di euro 9.120,00) non si sarebbe potuto evincere – in maniera riconoscibile da chiunque – la reale volontà dell'offerente, se non attraverso un inammissibile ricorso a fonti di conoscenza esterne (rileva l'appellante come l'effettiva valutazione dei costi della manodopera è stata operata soltanto in sede di giustificazione dell'anomalia, ossia in un momento successivo alla conclusione delle operazioni di valutazione delle offerte e con atti integrativi ed esterni all'offerta stessa).

8. Col secondo motivo, la società appellante deduce l'ingiustizia della sentenza anche in relazione alla violazione degli articoli 95, comma 10, ultimo periodo, e dell'art. 97, comma 5, lettera d), del Codice dei contratti pubblici, posto che il palese scostamento dei costi della manodopera indicati dall'aggiudicataria rispetto al costo medio orario determinato in base alle tabelle ministeriali (art. 23, comma 16, del Codice dei contratti) avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad agire ai sensi dell'art. 97, comma 5, primo periodo, aprendo un sub-procedimento in contraddittorio con l'aggiudicatario, al fine di verificare il rispetto dei minimi salariali. La stazione appaltante ha invece proceduto alla verifica di anomalia dell'offerta e, in tale sede, ha consentito alla Ditta Fratianni Antonio di giustificare il costo della manodopera, ignorando il dato contenuto nell'offerta (costo della manodopera pari a 9.120,00 euro) ritenuto del tutto irrilevante.

9. La stretta connessione dei motivi legittima la loro trattazione congiunta.

I motivi sono infondati.

9.1. Come emerge dalla esposizione sopra svolta, la questione sollevata dall'appellante impone di stabilire se una indicazione palesemente incongruente dei costi della manodopera, come avvenuto nel caso di specie, comporti l'immediata esclusione dell'offerta, per la riscontrata difformità tra detto importo (indicato nell'offerta economica ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti) e l'effettivo costo del lavoro ricavabile dall'offerta; ovvero se la stazione appaltante, constatato che tale indicazione non corrisponde al complessivo costo della manodopera impiegata per l'esecuzione dell'appalto, debba procedere non all'immediata esclusione dell'offerta ma all'avvio del procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel cui ambito sarà tenuta ad accertare la conformità del costo del personale rispetto ai minimi salariali indicati nelle apposite tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del Codice dei contratti (art. 97, comma 5, lettera d), al quale rinvia l'art. 95, comma 10, ultimo periodo).

9.2. Va rilevato, anzitutto, che la questione non è risolvibile nei termini di un mero errore materiale, riconoscibile *ictu oculi* e quindi emendabile direttamente dalla stazione appaltante, posto che, nel caso di specie, dall'esame del documento contenente l'offerta economica non emergono elementi che facciano dubitare della corrispondenza di quanto indicato all'effettiva volontà del dichiarante. In particolare, il fatto che nell'offerta economica l'importo errato sia stato ripetuto sia in cifre che in lettere non lo rende immediatamente riconoscibile sulla base della mera lettura dell'offerta. Per giungere a tale conclusione occorrerebbe procedere a un'attività interpretativa basata su dati esterni al documento (quale, per esempio, l'importo del contratto posto a base di gara, che potrebbe rivelare la palese incongruenza del costo della manodopera indicato), ma la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è univoca non solo nell'affermare che l'errore può essere considerato tale solo se riconoscibile dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive (dovendo concretarsi in una *«discrepanza tra volontà decisionale chiaramente riconoscibile da chiunque e rilevabile dal contesto stesso dell'atto»*: Cons. Stato, VI, 2 marzo 2017, n. 978; V, 11 gennaio 2018, n. 113; id., 24 agosto 2021, n. 6025; id., 26 gennaio 2021, n. 796), richiedendo una correzione di ordine meramente materiale (Cons. Stato, III, 20 marzo 2020, n. 1998). In tale prospettiva, ai fini della eventuale emendabilità occorre che a questa *«si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (Cons. Stato, III, 28 maggio 2014, n. 1487)»* (in termini Cons. Stato, V, 9 dicembre 2020, n. 7752; Id. 2 agosto 2021, n. 5638).

9.3. Tuttavia, sebbene non si tratti di errore materiale riconoscibile ed emendabile (e in tal senso va quindi modificata e corretta la motivazione della sentenza appellata), la attendibilità del costo della manodopera previsto nell'offerta deve essere, in ogni caso, accertata nella sede propria del procedimento di verifica della congruità dell'offerta. L'art. 95, comma 10, del

Codice dei contratti pubblici, non prevede, infatti, per l'ipotesi di errata o incongrua indicazione del costo della manodopera, l'immediata esclusione dell'offerta (prevedendo tale grave conseguenza unicamente per il caso della omessa indicazione: in termini Cons. Stato, V, 30 giugno 2020, n. 4140), ma impone la verifica della congruità ai sensi dell'art. 97, comma 5, lettera d); e solo se la verifica risultasse negativa l'offerta potrebbe essere esclusa.

Nel caso di specie, la verifica è stata effettuata e i costi della manodopera sono stati ritenuti congrui dalla stazione appaltante.

9.4. Né si può condividere l'assunto dell'appellante secondo cui in tal modo si configurerebbe un'ipotesi (inammissibile) di modifica dell'offerta in sede di giustificazioni, dal momento che la verifica di congruità e il vaglio delle giustificazioni sono stati condotti prendendo in considerazione gli elementi proposti con l'offerta, senza alcuna modifica postuma.

In particolare, nelle prime giustificazioni presentate (datate 29 maggio 2020), l'impresa Fratianni (precisato che «*i costi della manodopera indicati nelle analisi tengono conto del CCNL Edilizia*»), che i costi orari per tipologia di unità sono stati desunti dalle relative tabelle ministeriali e che le incidenze della manodopera sono state calcolate sulla base dell'analisi dei prezzi e applicate ai listini ufficiali) ha prodotto un allegato nel quale risulta calcolata, per ciascuna lavorazione prevista per l'esecuzione dell'appalto, l'incidenza e l'importo della manodopera (per un totale di 209.120,00 euro).

Pertanto, non sono condivisibili i rilievi formulati dall'appellante secondo cui l'aggiudicataria avrebbe giustificato il costo del lavoro per il limitato importo di 164.857,50 euro.

9.5. Ne deriva, altresì, che la questione del soccorso istruttorio non è pertinente, dato che la vicenda si sviluppa su un piano giuridico diverso, ossia quello del procedimento per la verifica delle offerte sospettate di essere anormalmente basse.

10. Con il terzo motivo d'appello, la Edil Costruzioni censura la sentenza per aver ritenuto irrilevante, ai fini dell'esclusione dalla gara, il fatto che

l'aggiudicataria, nella propria offerta, avesse dichiarato che *«alla stima dei lavori di giorni 338 naturali e consecutivi [...] sarà applicata una riduzione temporale pari al 19,82% (Diciannovevirgolaottantadue per cento) riducendo di fatto la durata dei lavori a giorni 271 naturali e consecutivi»*. Dall'analisi del cronoprogramma dei lavori allegato all'offerta dell'impresa Fratianni, la durata dei lavori stimata dall'aggiudicataria sarebbe pari a 38 settimane, ossia 266 giorni. Ne segue, secondo l'appellante, in primo luogo, la discrepanza fra il ribasso di 271 giorni indicato con l'offerta economica e quello di 266 giorni riportato nel cronoprogramma, che costituirebbe un vizio dell'offerta idoneo a determinarne l'esclusione in quanto, incidendo su un elemento essenziale dell'offerta (il tempo di esecuzione dei lavori) la rende contraddittoria e indeterminata. In secondo luogo, proprio per tale natura, sarebbe anche un elemento insuscettibile di interventi manipolativi nel corso della procedura selettiva.

10.1. Il motivo è infondato.

10.2. Dall'esame del cronoprogramma (o *«diagramma di Gantt»*) e dell'offerta temporale presentata in gara dall'impresa Fratianni emerge che l'errore denunciato dall'appellante è insussistente, posto che l'offerta temporale (contenuta nella "Dichiarazione di riduzione percentuale" prevista dall'art. 19.3, n. 3, del disciplinare di gara, quale elemento dell'offerta *«economica e temporale»*) indica esattamente il periodo e il ribasso percentuale offerto (in termini di durata dei lavori). La dedotta incoerenza con il cronoprogramma non coglie nel segno, dovendosi dare prevalenza all'impegno assunto dall'offerente con la formalizzazione di cui alla dichiarazione presentata dall'impresa (secondo la quale, come già riferito, *«alla stima dei lavori di giorni 338 naturali e consecutivi [...] sarà applicata una riduzione temporale pari al 19,82% (Diciannovevirgolaottantadue per cento) riducendo di fatto la durata dei lavori a giorni 271 naturali e consecutivi»*).

11. Con il quarto motivo, l'appellante contesta la sentenza per aver respinto le censure incentrate sulla inidoneità e incompletezza dell'offerta aggiudicataria

e sulla conseguente illegittima attribuzione dei punteggi, che avrebbe privilegiato gli elementi dell'offerta tecnica dell'impresa Fratianni (che avrebbe sempre ottenuto il punteggio massimo di 25 punti), assegnando alla Edil Costruzioni punteggi molto inferiori pur in presenza di oggettivi elementi di maggior pregio.

11.1. Il motivo è infondato.

11.2. Quanto ai profili che rivelerebbero la indeterminatezza o incompletezza dell'offerta aggiudicataria, e in particolare alla asserita mancata indicazione dei costi da sostenere per diverse lavorazioni e alla genericità della descrizione di queste (cfr. p. 18-22 dell'appello), alcune delle descrizioni contestate ricomprendono gli oneri asseritamente mancanti (così è per le voci del computo metrico estimativo dedicate ai «*Lavori piazzale esterno*», che contengono il riferimento a qualsiasi lavorazione od onere necessario «*per dare il lavoro finito*», idonee a comprendere anche le prestazioni relative al trasporto e conferimento di rifiuti prodotti dalle lavorazioni); altre, tenuto conto che l'analitica descrizione delle singole lavorazioni perde rilievo nei lavori a corpo, contengono comunque una descrizione adeguata, sebbene sintetica, perché indicano il risultato finale della lavorazione rispetto alla quale l'impresa si assume l'obbligo di eseguire anche tutte le prestazioni intermedie che si rendessero necessarie, secondo il comune principio di buona fede contrattuale.

12. Con il quinto motivo, l'appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha respinto i motivi dedotti in ordine alla illegittima attribuzione dei punteggi per i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, sotto diversi profili (cfr. p. 22-27 dell'appello).

12.1. In particolare, l'appellante ripropone, in chiave critica delle motivazioni contenute nella sentenza, le censure relative al punteggio assegnato all'offerta aggiudicataria per il criterio di valutazione A.2. (*Interventi finalizzati all'incremento delle prestazioni energetiche ed isolanti dei materiali proposti in progetto*), ribadendo l'illogicità delle valutazioni della commissione giudicatrice (15,385/25 punti

alla Edil Costruzioni e 25/25 punti all'impresa Fratianni) dal momento che su diversi aspetti (nella specie, per lo spessore del cappotto termico e per i materiali con migliori caratteristiche energetiche e isolanti) le proposte migliorative dell'appellante sarebbero di maggior pregio tecnico e avrebbero meritato, pertanto, un punteggio più elevato; e nel contempo l'offerta dell'impresa Fratianni – che non conseguirebbe alcun vantaggio in termini di prestazioni energetiche ed isolamento - ottiene un punteggio sensibilmente più alto rispetto a quello della Edil Costruzioni.

12.2. Inoltre, si tratterebbe di migliorie di ordine meramente quantitativo e quindi inammissibili ai sensi dell'art. 95, comma 14-*bis*, del Codice dei contratti pubblici (*«In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 [offerta economicamente più vantaggiosa], le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta»*).

13. Le censure sono infondate, considerato che nelle valutazioni operate dalla commissione giudicatrice in punto di attribuzione del punteggio riservato al criterio A.2. non si riscontrano manifeste illogicità o travisamenti, dato che la commissione ha valutato complessivamente le migliorie proposte nell'offerta aggiudicataria valorizzando anche altri elementi (quali la pitturazione delle facciate dell'edificio con pittura ai silossani e la realizzazione di un impianto fotovoltaico da kw 8), che giustificano il maggiore punteggio assegnato.

13.1. Trattandosi, inoltre, di elementi di natura qualitativa, essi si sottraggono alla preclusione posta dall'art. 95, comma 14-*bis*.

13.2. Anche con riguardo al criterio A.4. (*Miglioramento del processo di manutenzione del manufatto edilizio per le parti oggetto del presente bando e dei conseguenti lavori*) le valutazioni tecniche della commissione giudicatrice non appaiono inficiate dai vizi dedotti dall'appellante. In particolare, si sostiene che le migliorie prese in considerazione nell'ambito del criterio A.4. sarebbero le stesse già considerate nell'assegnazione dei punteggi nel criterio A.2. Tale doppia valutazione dei medesimi elementi non sarebbe ammissibile.

Tuttavia, non è illogico prendere in considerazione la medesima proposta migliorativa nell'ambito di due diversi parametri di valutazione, qualora effettivamente vengano valorizzati aspetti diversi dei medesimi elementi. Nel caso di specie, come correttamente rilevato anche dal primo giudice, la previsione dell'utilizzo della pittura silossanica, così come per l'utilizzo del rivestimento di guaina ardesiata, è stata valutata sia come miglioramento dell'isolamento termico (criterio A.2) sia per il miglioramento dei processi manutentivi (criterio A.4), sull'assunto (rimasto sostanzialmente incontestato) che i materiali offerti fossero tecnicamente idonei a realizzare gli obiettivi avuti di mira dai due criteri di valutazione.

14. In conclusione, l'appello va integralmente respinto.

15. La disciplina delle spese giudiziali segue la regola della soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante Edil Costruzioni S.r.l. al pagamento delle spese giudiziali del presente grado in favore del Comune di Foggia e Acqua Novara VCO S.p.a. e della Fratianni Antonio S.r.l. Unipersonale, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna di esse, oltre IVA, cc.pp.aa. e 15% per spese generali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO