

APPALTI: Contratti della P.A. – Verifica dell’anomali dell’offerta – Richiesta di preventivi ai propri fornitori – Principio di certezza ed affidabilità delle offerte – Raffronto tra i diversi fornitori - Occorre tener conto dei rapporti commerciali tra fornitore e cliente.

Tar Campania – Napoli, Sez. I, 1 dicembre 2022, n. 7510

- in *Urb. e appalti*, 2, 2023, pag. 262 e ss., con commento Luciana Battarino, *L’oggetto delle giustificazioni e la verifica “globale e sintetica” dell’anomalia dell’offerta*

In sede di verifica dell’anomalia dell’offerta, ogni operatore può fornire i preventivi richiesti ai propri fornitori sui prezzi dei materiali indicati in offerta al fine di comprovare la certezza ed affidabilità. Il raffronto tra i prezzi previsti dai diversi fornitori, quand’anche molto diversi tra loro, non influisce sul giudizio di attendibilità, in quanto la determinazione di tali prezzi è anche il risultato di peculiari rapporti commerciali tra fornitore e cliente, il quale può spuntare condizioni particolarmente favorevoli non replicabili con altri imprenditori.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e di C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2022, il dott. Gianmario Palliggiano e uditi per le parti l'avv. Migliarotti, l'avv. Pizza, l'avv. Soprano e l'avv. Donnarumma;

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

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1.- Con determinazione del dirigente del Servizio Valorizzazione n. 3 del 1 marzo 2022, I.G. n. 435 del 21 marzo 2022, il Comune di Napoli aveva indetto una procedura aperta di gara, ai sensi dell'art. 60 D.Lgs. n. 50 del 2016, gestita con modalità telematica ai sensi dell'art. 58 D.Lgs. n. 50 del 2016 da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95, comma 2 D.Lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento dei lavori di: "Riqualficazione ciclo-pedonale del Lungomare di Napoli, tratto compreso tra Piazza Vittoria e il Molosiglio - componente Mobilità lenta".

L'importo a base d'asta - in linea col finanziamento del Programma Operativo Complementare Città Metropolitane (POC Metro) 2014-2020 - è stato determinato in € 10.212.673,02 per lavori, oltre ad € 257.877,63 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso nonché IVA come per legge.

Alla gara hanno partecipato operatori economici.

A seguito dell'esame delle offerte da parte dei concorrenti, C. si è classificava prima con un punteggio superiore ai 4/5 riguardo sia all'offerta tecnica sia a quella economica; pertanto il Comune di Napoli

avviava - ai sensi dell'art. 97, comma 4, D.Lgs. n. 50 del 2016 - il subprocedimento di verifica di eventuale anomalia dell'offerta, chiedendo, con nota dell'11 luglio 2022, gli opportuni giustificativi.

Dopo aver concluso positivamente l'istruttoria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, come da verbale del 29 agosto 2022, il Comune di Napoli, con determina dirigenziale n. 47 del 15 settembre 2022, aggiudicava in via definitiva la gara in favore della C..

2.- Con l'odierno ricorso, B. ha impugnato, per l'annullamento, i seguenti atti:

- il verbale di gara del 29 agosto 2022, col quale la Commissione di gara, nel verificare l'offerta della C., l'ha giudicata non anomala;

- il verbale di gara n. 5 del 29 agosto 2022 col quale la Commissione, preso atto delle risultanze del subprocedimento di verifica per l'anomalia dell'offerta, ha formulato la proposta di aggiudicazione in favore della C.;

- la determina dirigenziale n. 47 del 15 settembre 2022, pubblicata il 10 ottobre 2022 e comunicata in pari data, con la quale il comune di Napoli ha aggiudicato in via definitiva, la gara alla C..

La ricorrente ha quindi chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore stipulato, con suo subentro nell'esecuzione, per il quale si dichiara disponibile.

3.- Ha dedotto in sintesi la seguente articolata censura:

1) VIOLAZIONE DELL'ART.97 D.LGS. N. 50 DEL 2016 - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 L. N. 241 DEL 1990 - ECESSO DI POTERE (ARBITRARIETÀ - INIQUITÀ - TRAVISAMENTO - ILLOGICITÀ MANIFESTA - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - DI MOTIVAZIONE) - VIOLAZIONE DELL'ART. 80 COMMA 5 LETTERE C-BIS) E FBIS) DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016.

Il giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria sarebbe illegittimo per difetto d'istruttoria, di motivazione e del presupposto e per inattendibilità dell'offerta economica.

Osserva la ricorrente che V. S.r.l., fornitore dei materiali "MAPEI" a C., nel fare riferimento ad uno scambio di mail avvenuto con la cliente in data 14 luglio 2022, avrebbe offerto un corrispettivo più alto rispetto a quello richiesto dalla stessa ricorrente l'8 agosto 2022; contesta quindi l'incerta provenienza, in quanto privo di sottoscrizione, e l'indeterminatezza del contenuto del preventivo rilasciato a C., circostanze che avrebbero dovuto indurre la Stazione appaltante a concludere negativamente il subprocedimento di verifica di anomalia

Con riferimento, inoltre, al preventivo della C. S.a.s., relativo alle pietre laviche, la ricorrente ne mette in dubbio l'attendibilità in virtù di una dichiarazione da quest'ultima resa la quale avrebbe affermato che i prodotti offerti a C. non sarebbero stati più disponibili e che, comunque, non avrebbero risposto ai requisiti indicati all'art. 13, parte II, del Capitolato speciale di appalto (CSA).

Questa circostanza, osserva la ricorrente, renderebbe l'offerta di C. inaffidabile e sottostimata atteso che i prezzi indicati nel preventivo sarebbero fuori mercato.

Ove il Comune di Napoli avesse richiesto al fornitore C. se la pietra lavica era o meno conforme alle rigide prescrizioni del CSA, avrebbe ottenuto la medesima risposta ricevuta da B., vale a dire che il materiale offerto non risponde alle caratteristiche tecniche richieste e che il fornitore non dispone di pietre laviche con le proprietà previste.

Le considerazioni di cui sopra non avrebbero consentito pertanto di superare la verifica di anomalia con conseguente necessità di escludere la controinteressata dalla gara controversa.

Sarebbe quindi violato l'art. 80 comma 5 lett. f-bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016 che sanziona con l'esclusione "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

Nel caso di specie la non veridicità dell'offerta della società V. s.r.l. del 8 agosto sarebbe palese in quanto vi è l'email del 14 luglio dello stesso fornitore che indica, per i medesimi prodotti, prezzi ben più alti di quelli comunicati dalla controinteressata al Comune di Napoli.

4.- Resistono in giudizio il comune di Napoli e la controinteressata G. le quali hanno replicato per l'inammissibilità del ricorso ed, in ogni caso, per la sua infondatezza nel merito.

La causa è stata inserita nel ruolo della camera di consiglio del 23 novembre 2022, per la discussione sull'istanza cautelare.

In esito alla camera di consiglio, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibile conclusione della controversia con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'artt. 60 e 120 c.p.a. ravvisando la sussistenza dei relativi presupposti.

5.- Il ricorso è infondato.

5.1.- Con PEC del 26 luglio 2022, C. ha riscontrato la richiesta di giustificativi della Stazione appaltante, allegando il preventivo esposto su carta intestata e timbrato in data 13 luglio 2022, da V. S.r.l., a conferma che quel preventivo costituisce l'unica proposta formulata dal fornitore alla ricorrente e confluita nell'istruttoria del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

Il preventivo del 13 luglio 2022 contiene la proposta del fornitore espressa col rapporto €/mq.

Col preventivo dell'8 agosto 2022, si è proceduto semplicemente alla conversione aritmetica del predetto rapporto di €/mq in €/kg, in adesione a quanto richiesto dalla Stazione appaltante, in sede di chiarimenti, con la nota del 5 agosto 2022.

Anche quest'ultimo preventivo è esposto su carta intestata V. S.r.l. ed è timbrato, a dimostrazione non equivoca circa la sua provenienza.

Non si hanno, pertanto, incertezze sul fatto che il preventivo cui fare riferimento - in quanto prodotto nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia - sia esclusivamente quello del 13 luglio 2022, confermato, con diversa operazione aritmetica, da quello dell'8 agosto 2022.

È appena il caso di rilevare che la documentazione risultante dallo scambio di mail avvenuto tra la ricorrente e l'impresa V. è priva di rilevanza, in quanto mai portata a conoscenza della stazione appaltante e comunque estranea al procedimento di gara, rimanendo confinata a prodotto di interlocuzioni tra due soggetti privati.

5.2.- La ricorrente contesta, inoltre, la sottostima dell'offerta di C. perché basata su preventivi che asserisce essere fuori mercato.

Il rilievo non è fondato.

La comparazione non può fondarsi sulla sola circostanza che i preventivi richiesti da B. ad altri fornitori per i medesimi prodotti prevedano prezzi più elevati di quelli ottenuti dalla controinteressata. Sul punto, vale la considerazione ovvia che la determinazione del prezzo dei materiali è anche il risultato di peculiari rapporti commerciali tra fornitore e cliente che è in grado di spuntare condizioni particolarmente favorevoli non replicabili con altri imprenditori.

Ciò che rileva in sede di gara è solo l'attendibilità del prezzo, tale da rendere l'offerta proposta certa ed affidabile, aspetto che alla luce delle verifiche della Commissione, non può essere messa in discussione. Come da costante e condivisa giurisprudenza, il giudizio di anomalia è espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta erroneità, irragionevolezza, difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti, e ha carattere globale e sintetico, sicché la sua impugnazione non può essere improntata alla "caccia all'errore" su singole voci di costo ex multis (TAR Torino, 1 luglio 2022, n.611; TAR Brescia, sez. I, 6 giugno 2022, n. 558; TAR Napoli, sez. IV, 26 aprile 2022, n. 2835).

5.3.- La ricorrente ha inoltre mosso un'ulteriore contestazione circa la presunta incongruità dell'offerta presentata dalla C. in ordine al preventivo ottenuto dalla C. s.r.l., relativo all'offerta di pietra lavica e versato agli atti del subprocedimento di verifica di anomalia.

Sul punto, è dirimente la considerazione che l'utilizzo di materiali che abbiano le caratteristiche fisico chimiche prescritte dal Capitolato speciale d'appalto (CSA) costituiscono obbligo relativo all'esecuzione del contratto e non attengono all'offerta economica soggetta a valutazione.

Quest'ultima, al contrario, ha ad oggetto i prezzi allegati al progetto posto a base di gara, le cui specifiche sono proprio quelle richiamate dalla C. nell'offerta consegnata alla controinteressata C. e da questa prodotta nel procedimento di gara.

Quanto sopra trova conferma nell'art. 13 ("Lastricati e pavimentazioni in pietra"), P.S., CSA, secondo cui: "La pietra da impiegarsi per i lastricati dovrà essere quella indicata in progetto, con struttura

omogenea, resistente all'urto ed all'usura per attrito; le lastre avranno dimensioni indicate negli elaborati di progetto o, in mancanza, indicate dalla Direzione dei lavori".

È evidente che la descritta clausola del CSA attiene non alla fase della procedura di gara per l'aggiudicazione dell'appalto, bensì a quella esecutiva, in particolare alla verifica sulla qualità dei materiali impiegati dall'appaltatore e sulla loro conformità rispetto alle previsioni di progetto; si rammenta infatti che la verifica impegna la fase esecutiva dei lavori - e non potrebbe essere diversamente perché è in quell'occasione che possono essere verificati i materiali a cura della Direzione Lavori - in conformità al disposto di cui all'art. 6 del D.M. 7 marzo 2018, n. 49.

Lo stesso affidatario, per di più, ben potrebbe cambiare il proprio fornitore in corso d'opera laddove, come consentito dall'art. 11, 5, CSA.

Alla luce di quanto sopra, non si ravvisano in alcun modo gli estremi per invocare la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis) D.Lgs. n. 50 del 2016.

6.- Per quanto sopra, il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), in favore di ciascuna delle parti resistenti, Comune di Napoli e C. - C.G.P. s.p.a..

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

Conclusione

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Consigliere