

Pubblicato il 01/12/2022

N. 07510/2022 REG.PROV.COLL.
N. 05183/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.,

sul ricorso numero di registro generale 5183 del 2022, proposto da:

BOMAR s.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Salvatore Fiengo, con sede in Napoli, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la soc. RIFER Costruzioni Generali s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Napoli, via dei Mille n. 16;

contro

Comune di Napoli, in persona del Sindaco, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola e Giacomo Pizza, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, in Napoli, piazza Municipio, Palazzo San Giacomo;

nei confronti

CO.GE.PA., Costruzioni Generali Passarelli S.p.A. (di seguito: COGEPA), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Allodi, Enrico Soprano, Antonio Donnarumma, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare:

- a) del verbale del 29 agosto 2022, col quale la Commissione per la verifica di congruità ha giudicato non anomala l'offerta della COGEPA riguardo alla gara d'appalto per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori dell'intervento denominato: "Riqualficazione ciclo-pedonale del Lungomare di Napoli, tratto compreso tra Piazza Vittoria e il Molosiglio – componente Mobilità lenta";
 - b) del verbale n. 5 del 29 agosto 2022 col quale la Commissione, preso atto delle risultanze del subprocedimento di verifica, ha formulato la proposta di aggiudicazione in favore della COGEPA, riguardo alla gara suddetta;
 - c) della determina dirigenziale n. 47 del 15 settembre 2022, pubblicata il successivo 10 ottobre e comunicata in pari data, con la quale il Comune di Napoli ha aggiudicato in via definitiva la gara suddetta alla COGEPA;
 - d) di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato e per il subentro della ricorrente nella sua esecuzione, di cui si dichiara disponibile.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

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.;

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 50/2016, gestita con modalità telematica ai sensi dell'art. 58 d. lgs 50/2016 da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95, comma 2 d. lgs 50/2016, per l'affidamento dei lavori di: "Riqualificazione 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, COGEPA 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 50/2016 - 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 COGEPA.

2.- Con l'odierno ricorso, BOMAR 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 COGEPA, 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 COGEPA;

- 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 COGEPA.

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. 50/2016 – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 L. 241/90 – ECCESSO 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. 50/2016.

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 Verdoliva S.r.l., fornitore dei materiali "MAPEI" a COGEPA, 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 COGEPA, circostanze che avrebbero dovuto indurre la Stazione appaltante a concludere negativamente il subprocedimento di verifica di anomalia

Con riferimento, inoltre, al preventivo della C.O.M.E.S. 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 COGEPA 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 COGEPA inaffidabile e sottostimata atteso che i prezzi indicati nel preventivo sarebbero fuori mercato.

Ove il Comune di Napoli avesse richiesto al fornitore C.O.M.E.S. se la pietra lavica era o meno conforme alle rigide prescrizioni del CSA, avrebbe ottenuto la medesima risposta ricevuta da BOMAR, 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 50/2016 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 Verdoliva 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 GOGEPAL 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'art. 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, COGEPa ha riscontrato la richiesta di giustificativi della Stazione appaltante, allegando il preventivo esposto su carta intestata e timbrato in data 13 luglio 2022, da Verdoliva 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 Verdoliva 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 Verdoliva 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 COGEPa 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 BOMAR 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 COGEP A in ordine al preventivo ottenuto dalla COMES 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 COMES nell'offerta consegnata alla controinteressata COGEP A e da questa prodotta nel procedimento di gara.

Quanto sopra trova conferma nell'art. 13 ("Lastricati e pavimentazioni in pietra"), Parte Seconda, 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, par. 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 50/2016.

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 CO.GE.PA – Costruzioni Generali Passarelli s.p.a..

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

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

L'ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO