Pubblicato il 24/10/2018

N. 01493/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00028/2018 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 staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 28 del 2018, proposto da:
Vivai Ciccarella di M. Cornacchia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, corso Garibaldi, n. 103;

contro

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianmarco Miele, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Kennedy, n. 25;

nei confronti

Ditta individuale Antonio Rodia, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio telematico in atti;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento dell'ANAS s.p.a. CDG - 597394 del 24 novembre 2017, comunicato in data 29 novembre 2017, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei "*servizi per la manutenzione ordinaria delle opere in verde lungo le arterie dell'Area Compartimentale Campania - Triennio 2018-2020 - Lotto 4*" in favore della ditta individuale Antonio Rodia;
- dei provvedimenti dell'ANAS s.p.a. del 29 novembre 2017 e del 30 novembre 2017 di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione;
- ove e per quanto occorra, di tutti i verbali di gara nella parte in cui hanno attribuito il punteggio di merito alle offerte delle prime due graduate, sovrastimando quella dell'aggiudicataria e penalizzando quella della ricorrente;
- ove occorra, del Bando e del Disciplinare di Gara;
- dei provvedimenti dell'ANAS s.p.a. del 7 dicembre 2017 e del 20 dicembre 2017, che hanno negato l'accesso agli atti di comprova dei requisiti soggettivi e di ordine speciale dell'impresa aggiudicataria;
- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e subentro nell'appalto;

quanto al ricorso incidentale

- del provvedimento dell'ANAS s.p.a. di mancata esclusione della Vivai Ciccarella s.r.l. dalla procedura oggetto di causa;
- del provvedimento dell'ANAS s.p.a. n. 597394 del 24 novembre 2017, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione della Vivai Ciccarella s.r.l. dalla procedura oggetto di causa;

- dei verbali di gara, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della Vivai Ciccarella s.r.l. dalla procedura oggetto di causa ovvero nella parte in cui hanno illegittimamente attribuito i punteggi all'offerta tecnica della suddetta società;
- ove e per quanto lesive, delle note dell'ANAS s.p.a. n. 608438 del 30 novembre 2017 e n. 606354 del 29 novembre 2017, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della Vivai Ciccarella s.r.l. dalla procedura oggetto di causa;
- ove e per quanto lesiva, dell'omessa attivazione del subprocedimento di anomalia dell'offerta della Vivai Ciccarella s.r.l., *ex* art. 97, comma 6, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016;
- ove e per quanto lesivi, di tutti gli atti connessi presupposti e consequenziali, anche non conosciuti, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della Vivai Ciccarella s.r.l. dalla procedura oggetto di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ANAS s.p.a. e della ditta individuale Rodia Antonio;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Eleonora Monica e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo, la società ricorrente - classificatasi seconda nella procedura indetta dall'ANAS s.p.a. per l'affidamento,

mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei "*servizi di manutenzione ordinaria delle opere in verde lungo le arterie dell'Area Compartimentale Campania - Triennio 2018-2020 - Lotto 4*" - impugna gli atti del relativo procedimento e l'aggiudicazione definitiva in favore della ditta individuale Antonio Rodia, assumendone l'illegittimità in relazione sia alla sua ammissione alla gara che alla successiva valutazione dell'offerta tecnica da costei presentata, contestando l'assegnazione dei punteggi ad essa concretamente assegnati.

Sostiene, in particolare, parte ricorrente che la Antonio Rodia avrebbe dovuto essere esclusa - oltre che per difformità dell'offerta tecnica rispetto alle prescrizioni del Capitolato Speciale di Appalto, atteso il mancato impiego di mezzi meccanici di aspirazione (primo motivo di ricorso) - per aver costei "*sottostimato gli oneri di sicurezza aziendale*" nella misura di tremila euro, richiamando sul punto il documento al riguardo elaborato dall'Istituto per l'Innovazione e la Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale (ITACA), che, nel dettare regole comuni per la relativa verifica di congruità, avrebbe, infatti, predisposto una formula per il calcolo degli oneri aziendali presunti (terzo motivo).

Lamenta, altresì, parte ricorrente l'illegittimità della valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata, mediante l'assegnazione (in tesi) erronea del punteggio complessivo di 70,529 punti (secondo motivo di censura).

L'ANAS s.p.a. si costituiva in giudizio eccependo in via pregiudiziale l'irricevibilità del ricorso, attesa la presenza di un delegato della società ricorrente alla seduta di gara del 20 novembre 2018, con la conseguenza che il ricorso (notificato solo in data 29 dicembre 2018) doveva essere notificato a pena di decadenza entro il 20 dicembre

2018, nonché nel merito la sua infondatezza in ragione della manifesta infondatezza delle censure proposte.

Anche la controinteressata interveniva in giudizio, argomentando: (i) in merito alla presunta violazione delle specifiche tecniche, l'essere l'utilizzo degli aspiratori semplicemente una delle modalità di possibile esecuzione del servizio di sfalcio di erbe; (ii) relativamente al contestato punteggio, il non aver la ricorrente fornito la c.d. "*prova di resistenza*"; (iii) riguardo alla censura di incongruità degli oneri di sicurezza indicati, il prevedere "*la procedura de qua ben € 24.668,74 di oneri di sicurezza da interferenze*", l'essere "*l'acquisto di gran parte dei D.P.I. nonché di gran parte delle attrezzature di sicurezza (transenne di sicurezza, nastri, cartelli etc.) … già coperto dagli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso (senza contare l'attrezzatura, anche nuova, già nella disponibilità della Ditta)*" e l'essere "*il numero di operai previsti da Antonio Rodia (11) … inferiore a quello previsto da Vivai Ciccarella (25) con la ovvia conseguente necessità di regolare i costi della sicurezza*".

La stessa ricorrente proponeva, altresì, ricorso incidentale, volto ad evidenziare come la Vivai Ciccarella s.r.l. avrebbe, comunque, dovuto essere esclusa in relazione a *"l'utilizzo di un numero di risorse di personale talmente eccessivo (pari quasi a 3 volte alle unità di personale previste dalla altre due concorrenti) da rendere manifestamente insostenibile la realizzazione del progetto tecnico*", l'aver "*omesso di dare copertura alle migliorie offerte nel progetto tecnico*", e l'essersi "*autovincolata all'utilizzo di una serie di automezzi che non sono coperti dall'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali e sono dunque inutilizzabili ai fini del trasporto rifiuti … in violazione di quanto previsto dalle Linee Guida sulla gestione dei rifiuti, così come allegate alla lex specialis di gara*".

La ricorrente principale eccepiva al riguardo l'inammissibilità di tali censure, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., in quanto volte a contestare un potere amministrativo - quello di verifica dell'anomalia dell'offerta della Vivai Ciccarella s.r.l. - non ancora esercitato dalla stazione appaltante.

La Sezione con ordinanza n. 740/2018 disponeva, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., "*verificazione avente a oggetto la congruità degli oneri di sicurezza aziendali così come rappresentati nell'offerta dell'odierna controinteressata, tenuto conto della distinzione di questi rispetto ai costi della sicurezza non soggetti a ribasso*".

Il nominato funzionario verificatore, il 29 giugno 2018, depositava la propria relazione, in cui egli - sul presupposto che "*l'eventuale inadeguatezza degli oneri di sicurezza aziendale è oggetto di valutazione discrezionale della sola stazione appaltante, soprattutto in considerazione della mancanza di normative specifiche per la determinazione degli stessi*" – dava atto dell'impossibilità "*di dare compiuta risposta a quanto chiesto dal TAR*", considerato che "*nel caso di specie, la ditta prima classificata ha offerto per oneri di sicurezza aziendale una somma inferiore a quella presunta e risultante dal protocollo di Itaca, ma l'Anas ha chiarito che tale verifica di congruità non è stata effettuata in quanto nessuna offerta è risultata anomala*".

All'udienza pubblica del 17 ottobre 2018, la causa veniva trattata e, quindi, trattenuta in decisione.

Per quanto concerne, innanzi tutto, l'ordine di esame del ricorso principale ed incidentale, il Collegio - pur consapevole dei principi posti al riguardo dall'Adunanza Plenaria con la sentenza 25 febbraio 2014, n. 9 - ritiene, in ossequio al superiore principio di economia processuale, che la manifesta infondatezza del ricorso introduttivo consenta, nel caso di specie, di poter prescindere dall'esame del

ricorso incidentale escludente proposto dalla ditta individuale Antonio Rodia (in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, n. 3752/2016) nonché dall'eccezione di irricevibilità, formulata dall'ANAS s.p.a..

Ciò premesso, il ricorso introduttivo proposto dalla Vivai Ciccarella s.r.l. deve, infatti, essere rigettato in ragione della sua manifesta infondatezza.

Non è, innanzi tutto, meritevole di accoglimento il primo motivo di censura - con cui si sostiene che l'offerta tecnica dalla controinteressata non rispetti il requisito (in tesi obbligatoriamente prescritto dalla *lex specialis* di gara) del necessario impiego di mezzi meccanici di aspirazione - non essendo, invece, rinvenibile negli atti di gara alcuna specifica tecnica in ordine al presunto obbligo di utilizzo di macchinari aspiratori, rilevando, invece, a tal proposito, come il relativo capitolato di gara (così come richiamato dalle parti in atti), nello specificare le caratteristiche funzionali e tecniche minime del servizio di potatura, richieda che "*L'impresa opererà utilizzando mezzi meccanici tradizionali a condizione però che il materiale sfalciato venga immediatamente raccolto e trasportato a discarica, o anche impiegando moderne attrezzature e macchinari, rispondenti alle norme in vigore con speciale riguardo alla sicurezza, in grado di triturare e contemporaneamente aspirare la biomassa e depositarla su apposito contenitore per il successivo trasporto a rifiuto fuori dalle pertinenze stradali*" (in tal senso, il relativo punto 4).

Dalla semplice lettura di tale prescrizione risulta, pertanto, evidente come l'utilizzo di mezzi meccanici di aspirazione - diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente - sia prospettata non già come l'unica possibile modalità di esecuzione del servizio di sfalcio di erbe bensì come sistema meramente alternativo (questo il senso reso

manifesto dalla locuzione "*o anche*") rispetto all'utilizzo dei tradizionali attrezzi meccanici di raccolta delle potature (offerti dall'aggiudicataria), infatti ammessi all'espressa condizione (da quest'ultima assicurata) che la relativa risulta venga raccolta ed immediatamente portata a discarica.

Deve, poi, essere rigettato il secondo motivo di censura - secondo cui l'offerta tecnica della controinteressata sarebbe stata meritevole dell'assegnazione di un punteggio inferiore rispetto a quello concretamente conseguito, in relazione ad una serie di criteri di valutazione qualitativa della stessa - in quanto diretto a censurare le modalità di esercizio della discrezionalità tecnica riservata alla commissione di gara nel vaglio della qualità delle offerte tecniche pervenute, non emergendo nel caso di specie - nei limiti del sindacato esterno concesso al giudice amministrativo - travisamenti, pretestuosità o irrazionalità ma solo margini di fisiologica opinabilità del giudizio operato dal competente organo valutativo.

Il Collegio condivide, infatti, quel consolidato principio, anche di recente ribadito dal Consiglio di Stato, secondo cui "*nelle gare di appalto che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione giudicatrice, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta*" (in tal senso, *ex multis*, Sezione V, 30 aprile 2018, n. 2602, 14 novembre 2017, n. 5245 e 18 giugno 2015, n. 3105; Sezione III, 14 novembre 2017, n. 5258 e 2 maggio 2016, n. 1661).

Si appalesano, pertanto, destituite di fondamento le doglianze con cui la Vivai Ciccarella s.r.l. sostiene l'erronea attribuzione dei

punteggi conseguiti dall'aggiudicataria, per non aver essa (in tesi) dettagliato in ordine a tutti i criteri stabiliti al punto "*D.1*" del Disciplinare di gara, operando al riguardo la ricorrente principale una vera e propria sostituzione dei propri giudizi a quelli dell'organo valutativo, senza porne in evidenza alcuna macroscopica illogicità o incongruità.

Alle valutazioni comparative delle offerte tecniche operate dalla commissione di gara, che siano caratterizzate - come nel caso di specie - dall'opinabilità dell'esito, non possono, infatti, essere contrapposte le valutazioni di parte circa l'insussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di giudizi espressione di un potere di natura tecnico - discrezionale a carattere complesso, che sfuggono, dunque, al sindacato del giudice amministrativo, ove non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sezione III, 14 novembre 2017 n. 5258 e Sezione V, 6 settembre 2017 n. 4225).

Il sindacato sulla discrezionalità tecnica non può, difatti, sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo dell'amministrazione ma è finalizzato a verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato secondo criteri di logicità, congruità e ragionevolezza e non risulti inficiato da macroscopiche illegittimità (quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto) pena un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione.

Appare, infine, ugualmente non condivisibile anche il motivo di censura di pretesa esclusione della controinteressata in relazione alla non congruità degli oneri di sicurezza aziendale da costei offerti (terzo motivo di ricorso), osservando il Collegio come solo la

mancata indicazione del costo della manodopera costituisca un vizio essenziale dell'offerta economica tale da giustificare l'immediata esclusione dalla gara, in ragione della sua necessità "*non solo ai fini della successiva verifica dell'anomalia ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa su tutti i profili sopra evidenziati*" (in tal senso, da ultimo, T.A.R. Sardegna, sez. I, n. 375/2018).

A ciò si aggiunga, come - anche volendo interpretare tale motivo di impugnazione come diretto a censurare l'operato della stazione appaltante non solo per non aver escluso la controinteressata ma anche per non aver al riguardo avviato il subprocedimento di verifica dell'anomalia - pure la censura di omesso accertamento preventivo della congruità dell'offerta della controinteressata sia del tutto infondata, osservando il Collegio come la scelta della stazione appaltante di non procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta non sia sindacabile in sede di legittimità in ragione del suo carattere facoltativo e discrezionale e della sua "*natura globale e sintetica, sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, non avendo ad oggetto la semplice ricerca di specifiche e singole inesattezze, bensì essendo invero finalizzata ad accertare se l'offerta sia attendibile nel suo complesso e se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto*", salvo che in caso di macroscopica arbitrarietà, illogicità o irragionevolezza dell'atto ovvero travisamento dei fatti, ipotesi nel caso di specie, invece, non riscontrabili, non rinvenendosi in atti - anche all'esito della disposta verificazione, che nulla dice al riguardo - alcun indice sintomatico di tali evidenti profili di illegittimità (in senso conforme, T.A.R. Sicilia, Catania, Sezione I, n. 31/2018, nonché, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4744/2012).

A tal proposito, rileva, infatti, come il documento "*Verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza nei contratti di lavori pubblici: prime indicazioni operative*" del 19 febbraio 2015, redatto dall'Istituto per l'Innovazione e la Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale (ITACA) - unico riferimento posto a fondamento della pretesa incongruità dedotta da parte ricorrente - non possa di per sé valere a sostenere un giudizio di manifesta arbitrarietà, illogicità o irragionevolezza della scelta a non procedere alla verifica della congruità, non avendo, sia per la fonte da cui proviene che per quanto in esso stesso affermato, carattere vincolante bensì puramente indicativo, limitandosi a presumere la congruità degli oneri per la sicurezza ove contenuti tra il 3% e il 5% delle spese generali (in tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, n. 1500/2017).

In conclusione, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il ricorso principale deve essere rigettato, attesa la legittimità, sotto i profili contestati, dell'aggiudicazione in favore della ditta individuale Antonio Rodia, ed il ricorso incidentale deve essere, conseguentemente, dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse.

Sussistono, comunque, giusti motivi, attese le concrete modalità di svolgimento della vicenda, per compensare integralmente fra tutte le parti le spese di giudizio.

E', invece, posto a carico della società ricorrente il compenso eventualmente spettante al funzionario verificatore, che sarà liquidato, ai sensi dell'art. 66 c.p.a. e del d.P.R. n. 115/2002, con separato decreto, a seguito di presentazione da parte di costui della

relativa parcella entro il termine previsto dall'art. 71 del d.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso principale e dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Pone a carico di parte ricorrente le spese di verificazione, che saranno liquidate con separato decreto.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario, Estensore

Angela Fontana, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Eleonora Monica

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO