

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LAZIO - ROMA, SEZIONE 2

SENTENZA 26 NOVEMBRE 2018, N. 11434

DATA UDIENZA 24 OTTOBRE 2018

INTEGRALE

APPALTO - LAVORI DI PICCOLA MANUTENZIONE EDILE PRESSO IL SISTEMA DEI MUSEI CIVICI E ALTRI SITI - PROCEDURA APERTA - AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA E DEFINITIVA - OFFERTA ANOMALA - STAZIONE APPALTANTE - VALUTAZIONE - TERMINE DILATORIO PER LA SCADENZA DEL CONTRATTO AI SENSI DELL'ART. 32 DEL D.LGS. 50/2016 - INDICAZIONE - REQUISITI - AVVALIMENTO - SOA - PROVVEDIMENTO CHE DETERMINA LE ESCLUSIONI DALLA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO E LE AMMISSIONI AD ESSA ALL'ESITO DELLA VALUTAZIONE DEI REQUISITI SOGGETTIVI - IMPUGNATIVE - TERMINI - OFFERTA - COSTO DEL LAVORO - STAZIONE APPALTANTE - CHIARIMENTI

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6522 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ar. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Ma. Mi. e Sa. Mi., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ze. Pr. Cu. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Se. Ca., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via (...);

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lu. D'O., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via (...);

nei confronti

di Na. - Gl. Se. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Da. Li., Fr. Sb. e Fa. Ba., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via (...);

per l'annullamento per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di Ze. del 17.04.2018, notificato in pari data alla ricorrente a mezzo pec, ex art. 76 comma 6 D. Lgs. 50/16, recante aggiudicazione provvisoria e definitiva a Na. della gara a procedura aperta volta alla stipula dell'accordo quadro relativo ai lavori di piccola manutenzione edile presso il sistema dei Mu. Ci. e altri siti gestiti dalla stessa Ze.;

- di ogni atto presupposto, conseguente o connesso, ivi espressamente incluso il contratto di appalto eventualmente nelle more già sottoscritto tra Ze. e Na. in conseguenza dell'aggiudicazione qui impugnata;

nonché per il risarcimento in forma specifica o, in stretto subordine, per equivalente, di tutti i danni conseguenti all'emanazione dei provvedimenti impugnati;

per quanto riguarda i motivi aggiunti, depositati il 15.6.2018, per l'annullamento:

-del verbale del responsabile del procedimento del 14.3.2018 e del 20.3.2018;

-della nota di Ze. a Na. del 23.3.2018 recante nuova richiesta di giustificazioni;

- dei verbali del responsabile del procedimento coadiuvato dalla Commissione giudicatrice, del 9.4.2018 e del 10.4.2018.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ze. Pr. Cu. S.r.l. ed altri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2018 la dott.ssa Emanuela Loria e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato il 17 maggio 2018 e depositato il 30 maggio 2018, la società Ar. s.r.l. impugna l'aggiudicazione provvisoria e definitiva, recate nell'unico provvedimento del 17 aprile 2018 prot. L.180/2018 - RT/fs, della gara a procedura aperta indetta da Ze. volta alla stipula dell'Accordo quadro relativo ai lavori di piccola manutenzione edile presso il sistema dei Mu. Ci. e altri siti gestiti dalla stessa Ze., società strumentale di Roma Capitale, partecipata al 100% dallo stesso Ente.

In particolare la ricorrente espone in punto di fatto di avere partecipato al procedimento di gara, e di essersi classificata seconda, con un punteggio pari a 87,03 (59,84 per l'offerta tecnica e 27,19 per l'offerta economica) dietro a Na., classificatasi prima con un punteggio pari a 88,16 (di cui 58,16 per l'offerta tecnica più 30 punti per l'offerta economica).

La Commissione di gara procedeva, quindi, alla verifica di congruità dell'offerta della prima classificata in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 97 del D.lgs. 50/2016, giacchè sia i punti attribuiti all'offerta economica sia quelli attribuiti all'offerta tecnica erano entrambi superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti al punto 5) del Disciplinare di gara e pertanto l'offerta risultava anormalmente bassa ai sensi del comma 3 dell'art. 97 D.lgs. cit.

Nelle more del riscontro alla sua richiesta di accedere ai documenti di gara richiesti (inviata il 2 maggio 2018), Ar. notificava e depositava il ricorso in epigrafe per sentire dichiarare

l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione del 17 aprile 2018, oltre agli atti immediatamente presupposti, connessi e consequenziali.

Deduceva i seguenti profili di illegittimità :

I. Difetto assoluto di istruttoria e di motivazione. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 L. 241/1990 e 97 del d.lgs. 50/2016.

La motivazione dell'aggiudicazione definitiva sarebbe tautologica e insufficiente ("in esito al procedimento di verifica di congruità avviato ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016. L'offerta presentata da Na. Gl. Se. s.r.l. è stata ritenuta complessivamente congrua e sostenibile") rispetto alla previa attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

II. Omessa indicazione del termine dilatorio per la stipula del contratto. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 32 e 76, comma 6, del D.lgs. 50/2016. Con tale doglianza si rileva che nel provvedimento impugnato sarebbe stata omessa l'indicazione prevista dal comma 6 dell'art. 76 del d.lgs. 50/2016 riguardante il termine dilatorio di conclusione del contratto, stabilito dalla disposizione citata come termine minimo di 35 giorni.

A seguito del riscontro della stazione appaltante all'istanza di accesso agli atti, avvenuto il 17 maggio 2018, la società ricorrente notificava motivi aggiunti in data 15 giugno 2018, con i quali denunciava ulteriori profili di illegittimità dell'aggiudicazione:

I. Violazione del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato d'onere. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 30 95 e 97 del d.lgs. 50/2016. Illegittimità dell'aggiudicazione della gara a Na. e del verbale di congruità del 10 aprile 2018 per applicazione al costo della manodopera del CC. Mu. in luogo del CC. dell'Edilizia. L'aggiudicataria avrebbe applicato ai costi per la manodopera il CC. Mu., nonostante le opere dedotte nell'appalto afferiscano in via esclusiva al comparto edile. Secondo la tesi della ricorrente, essendo i lavori dedotti nell'appalto appartenenti alla categoria OG2, in base alla definizione del d.P.R. 207/10 ("restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali", "riguarda lo svolgimento di un insieme coordinato di lavorazioni specialistiche necessarie a recuperare, conservare, consolidare, ripristinare, ristrutturare, sottoporre a manutenzione gli immobili di interesse storico soggetti a tutela a norma delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali. Riguarda altresì la realizzazione negli immobili di impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici, e finiture di qualsiasi tipo nonché di eventuali opere connesse, complementari e accessorie") non sarebbe legittimo applicare il Contratto Mu., ma avrebbe dovuto essere necessariamente applicato il CC. dell'Edilizia. Analogamente è a dirsi per i riferimenti contenuti nel Capitolato

d'oneri che non possono non essere riferiti ad opere edili con la consequenziale dovuta applicazione del CC. di riferimento. L'aggiudicataria, nel formulare l'offerta tenendo conto delle Tabelle emesse dal Ministero del Lavoro ex art. 23 comma 6 d.lgs. 50/2016, relative agli operai e impiegati del settore Mu., avrebbe alterato i principi di libera concorrenza e di parità di trattamento in seno alla gara, acquisendo un illegittimo vantaggio economico nei confronti dei concorrenti, determinante ai fini dell'aggiudicazione della gara.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 30, 95 e 97 del d.lgs. 50/2016. Illegittimità dell'aggiudicazione della gara a Na. e del verbale di congruità del 10.4.2018 per violazione dei minimi salariali nel settore edile. Secondo la tesi della ricorrente, l'applicazione del CC. Mu. determinerebbe l'applicazione in concreto di un trattamento salariale inferiore ai minimi previsti per il settore edile. Da qui sarebbe dovuta discendere l'esclusione dell'aggiudicataria ai sensi dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016, ove è previsto che "non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge".

III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 30, 95 e 97 del d.lgs. 50/2016. Illegittimità dell'aggiudicazione della gara a Na. e del verbale di congruità del 10 aprile 2018 per omissione di costi previdenziali relativi alla Cassa Edile. Conseguenza della mancata applicazione del CC. dell'Edilizia è la mancata esposizione, nei giustificativi dei costi proposti dall'aggiudicataria dei contributi obbligatori relativi alla Cassa Edile.

IV. Violazione e falsa applicazione degli artt. 89 e 146 del d.lgs. 50/2016 nonché del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato d'oneri. Illegittimità dell'aggiudicazione della gara a Na. s.r.l. per trasgressione del divieto di avvalimento. L'art. 3 del Disciplinare di gara dispone che "considerata la specificità del settore dei beni culturali, oggetto di affidamento, ai sensi dell'art. 146, 3 comma, D.lgs. 50/16, non è possibile ricorrere all'istituto dell'Avvalimento di cui all'art. 89 del suddetto decreto." Fra i requisiti richiesti dal disciplinare di gara vi è il "possesso dell'attestazione SOA, in corso di validità, per la categoria OG2, classifica III bis o superiore". La difesa della ricorrente assume di essere venuta a conoscenza, a seguito del riscontro al suo accesso agli atti, della circostanza per cui Na. ha documentato il possesso del requisito mediante la produzione di attestazione rilasciata da AX. del 21.3.2013 con scadenza 20.3.2018. L'attestazione precisa che l'impresa si avvale delle risorse di altra impresa ausiliaria, per cui la qualificazione di Na. deriverebbe dall'avvalimento delle risorse tecniche e specialistiche di un'altra società e ciò in violazione del divieto di avvalimento indicato dall'art. 3 del Disciplinare di gara.

V. Violazione del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato d'oneri. Illegittimità dell'aggiudicazione della gara a Na. e del verbale di congruità del 10 aprile 2018 per assenza del possesso dell'attestazione SOA. L'attestazione SOA di Na. sarebbe scaduta il 20.3.2018 e la stessa società non avrebbe fornito la nuova attestazione (come si era impegnata a fare in fase

di offerta), donde la violazione dell'art. 3, lettera c), del disciplinare di gara con conseguente illegittimità dell'intervenuta aggiudicazione.

VI. Illegittimità dell'aggiudicazione della gara a Na. s.r.l. e del verbale di congruità del 10.4.2018 per difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà e illogicità manifeste. Con tale doglianza la ricorrente, oltre a ripercorrere i vizi in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante nell'aggiudicazione della gara alla controinteressata, rileva come dalle giustificazioni esposte da Na. in merito alle richieste di Ze. sull'analisi dei prezzi contenuti nell'offerta, emerga una inaffidabilità economica dell'impresa nell'esecuzione dell'appalto. In particolare, i costi esposti non sarebbero congrui rispetto all'esecuzione dell'appalto e le giustificazioni fornite in sede di verifica di congruità sarebbero generiche, inaffidabili e palesemente infondate. L'importo indicato in sede di offerta e anche di successive giustificazioni, relativamente alle spese generali, pari al 3,5% del valore dell'appalto, sarebbe eccessivamente basso e non idoneo a coprire neanche le spese del "responsabile tecnico di commessa", anche ove si prendesse in considerazione per tale figura il più basso valore retributivo del CC. Mu. 6° livello; analogamente la voce dell'utile d'impresa anche se abbassata in sede di giustificazioni a seguito del riconoscimento di un errore materiale nell'offerta, sarebbe palesemente inconferente rispetto alle analisi dei prezzi. In altre parole, le giustificazioni rese avrebbero teso a garantire ex post un'offerta palesemente incongrua e non funzionale a garantire l'esecuzione a regola d'arte dell'appalto.

Costituitisi in giudizio, la stazione appaltante e la controinteressata hanno contestato i singoli motivi di illegittimità sollevati dalla ricorrente e hanno eccepito la tardività del motivo relativo alla violazione del divieto di avvalimento atteso che, trattandosi di un motivo di esclusione dal procedimento di gara, la ricorrente avrebbe dovuto impugnare l'ammissione della controinteressata alla gara nel termine di trenta giorni, stabilito dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. ovvero entro il termine del 30.3.2018, essendo i verbali di gara stati pubblicati il 28.2.2018.

La ricorrente ha replicato alle eccezioni e alle deduzioni delle parti ribadendo la fondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti, in una alla loro tempestività e ammissibilità, e insistendo per il loro accoglimento.

Alla camera di consiglio dell'11 luglio 2018, valutata l'esigenza della sollecita definizione del giudizio nel merito, è stata fissata l'udienza pubblica del 24 ottobre 2018, all'esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente censura la valutazione di congruità formulata dalla stazione appaltante nei riguardi dell'offerta dell'aggiudicataria deducendo il vizio di difetto di motivazione con riferimento agli artt. 3 L. 241/1990 e 97 del d.lgs. 50/2016, poiché il provvedimento di aggiudicazione non darebbe conto in termini specifici di come è avvenuta la verifica di congruità e di quali sono stati gli elementi presi in considerazione.

II. Pur prescindendo dalla genericità del motivo (dovuta alla carenza di documentazione a disposizione della ricorrente al momento della proposizione del ricorso e successivamente acquisita a seguito del riscontro della stazione appaltante all'istanza di accesso ai documenti del 2.5.2018), lo stesso è infondato alla stregua della pacifica giurisprudenza secondo la quale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17/05/2018, n. 2951 e, per la riaffermazione del principio: Sez. III, 13/09/2018, n. 5378; ) in caso di valutazione di congruità dell'offerta anomala:

- non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti;

- il relativo giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta non richiede, dunque, una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, sempre che queste ultime siano a loro volta congrue ed adeguate (aspetto questo che sarà oggetto della trattazione, infra, delle censure sollevate con i motivi aggiunti).

Diverso è il caso in cui il procedimento di verifica si concluda con un esito di non congruità dell'offerta poiché, in tal caso, la stazione appaltante deve adeguatamente dare conto di una scelta che risulta opposta rispetto a quella, sia pure non ancora definitiva, che ha condotto alla verifica di congruità nei riguardi del concorrente che ha presentato, almeno prima facie, l'offerta migliore e che ha, sempre in via provvisoria e salvo verifica, tutti i requisiti per essere l'aggiudicatario. In tal caso, corrisponde a un criterio logico, prima ancora che giuridico, che la motivazione di esclusione debba avere i requisiti della completezza e della adeguatezza.

II. Con il secondo motivo viene censurata la mancata indicazione nella comunicazione di aggiudicazione, in violazione dell'art. 76, comma 6, del d.lgs. 50/2016, del termine dilatorio per la scadenza del contratto ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. 50/2016. L'omissione pregiudicherebbe la compiuta informazione del ricorrente in ordine all'andamento del procedimento amministrativo in questione ledendo il suo diritto di difesa.

Anche tale motivo è infondato.

La carenza riscontrata è di tipo formale e non determina l'illegittimità dell'aggiudicazione, essendo, invece, rilevante sotto il profilo sostanziale, che il termine di "stand still" sia effettivamente rispettato anche nel caso di omessa indicazione nella comunicazione, ciò che è avvenuto nel caso all'esame, come rilevato anche dalla difesa della controinteressata (memoria del 18 giugno 2018, pag.5).

Del resto, la effettiva instaurazione dei mezzi di gravame in trattazione smentisce che dalla violazione dell'art. 76, comma 6, d.lgs. cit. sia derivata in concreto alcuna violazione del diritto di difesa della parte ricorrente.

III. Proseguendo con la trattazione dei motivi aggiunti, il Collegio ritiene di doversi preliminarmente pronunciare sull'eccezione di tardività sollevata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata in relazione alla proposizione del IV e del V di tali motivi.

A mezzo di tali doglianze, parte ricorrente pone la tematica della possibilità di fare ricorso all'avvalimento per la categoria di lavori OG2, classifica 3 bis o superiore (settore dei beni culturali), richiesta dal disciplinare di gara, assumendo di essere venuta a conoscenza, a seguito dell'accesso agli atti, e segnatamente con la trasmissione degli atti del 17 maggio 2018, del fatto che, in sede di offerta, Na. ha documentato il possesso del requisito in parola mediante attestazione rilasciata da AX. del 21 marzo 2013 con scadenza 20 marzo 2018.

Poiché l'attestazione prodotta precisa che l'impresa si avvale di attestazione di un'ausiliaria, la controinteressata avrebbe violato il divieto di avvalimento nel settore dei beni culturali sancito dagli artt. 8 e 146 del d.lgs. 50/2016 nonché dal bando e dalle ulteriori disposizioni che regolano l'affidamento in questione.

Con una ulteriore censura la ricorrente rileva l'avvenuta scadenza dell'attestazione SOA non avendo la controinteressata comprovato in sede di gara l'ottenimento del rinnovo. In punto di fatto, l'impresa controinteressata ha obiettato, nelle proprie memorie difensive, di avere rappresentato, al momento in cui ha preso parte alla gara - il 18 dicembre 2017 - di avere richiesto il rinnovo dell'attestazione nel termine di novanta giorni dalla scadenza del 20 marzo, così come prescritto dall'art. 76, comma 5, d.P.R. n. 207/2010 e ha precisato altresì che il rinnovo è regolarmente avvenuto il 12 aprile 2018.

III.1. A tali deduzioni ha replicato la stazione appaltante, la quale, con la memoria del 9 luglio 2018 e con le successive, ha contestato nel merito la rilevata illegittimità dell'avvalimento nel settore dei beni culturali e ha eccepito la tardività dei motivi aggiunti sul punto controverso.

Occorre, dunque, trattare preliminarmente, rispetto al merito dei vizi dedotti, della questione della tardività del IV e V motivo aggiunto.

La stazione appaltante sostiene che, trattandosi di motivi che attengono alla stessa ammissione della controinteressata avrebbero dovuto essere sollevati, con la correlativa impugnativa, ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., entro la data del 30.3.2018, coincidente con il trentesimo giorno dalla pubblicazione dei verbali di gara.

III.2. A tale prospettazione replica, con la memoria del 10 ottobre 2018, la ricorrente, rilevando come il vizio non si riferisca tanto a un requisito di ammissione suscettibile di rientrare nella fattispecie disciplinata dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., bensì si risolva in una violazione oggettiva della lex specialis di gara, che pone il divieto dell'avvalimento, oltre che dell'art. 146 d.lgs. 50/16.

Inoltre, l'eccezione di tardività sarebbe infondata in punto di fatto poichè non vi è certezza in ordine alla data di pubblicazione, sul sito della stazione appaltante, del verbale di ammissione, essendo la dizione "pubblicato sul profilo del committente il 28.2.2018" meramente giustapposta in calce sulla copia prodotta in giudizio dalla resistente. La ricorrente avrebbe, quindi, conosciuto la certificazione SOA prodotta da Na. e si sarebbe accorta del relativo vizio soltanto in sede di accesso agli atti e segnatamente in data 17 maggio 2018, per cui i motivi aggiunti sarebbero stati proposti tempestivamente.

Inoltre, parte ricorrente richiama la circostanza per cui l'art. 120 comma 2 bis c.p.a. ha subito, nel tempo, una mitigazione del suo rigore applicativo da parte della giurisprudenza amministrativa, che, in particolare con l'ordinanza del T.A.R. Piemonte n. 88 del 1.1.2018, è giunta a rimettere alla Corte di Giustizia Europea due questioni di compatibilità della disposizione in questione con le norme del Trattato CEDU e con plurime disposizioni dell'UE in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, ponendone in rilievo tutte le criticità .

III.3. Il Collegio ritiene l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti relativi all'avvalimento, sollevata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, fondata per le motivazioni che seguono.

L'art. 122, comma 2 bis, del codice del processo amministrativo così dispone: "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito dellavalutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, va impugnato nel termine di trenta giorni decorrente dalla sua pubblicazione sul

profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1 del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11".

Il Collegio non nutre dubbi sulla qualificazione dell'avvalimento e dell'attestazione SOA come requisiti necessari a dimostrare le caratteristiche soggettive e tecnico-professionali dei soggetti che si candidano a essere parte di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

La natura di elemento dell'offerta che afferisce ai requisiti tecnico-sostanziali dell'avvalimento, posta in luce dalla ricorrente nella memoria del 10 ottobre 2018, pur rappresentando un'altra prospettiva da cui guardare al vizio di legittimità dedotto, non elimina la circostanza per cui l'avvalimento stesso è, in primo luogo, un requisito che attiene alla soggettività del concorrente, per cui, dal punto di vista logico-giuridico, rientra pienamente tra le ipotesi di impugnativa sottoposte, a pena di inammissibilità, al termine di trenta giorni di cui all'art. 120 comma 2 bis cit..

III.4. Anche sotto il profilo dell'avvenuto superamento del termine di decadenza per l'impugnativa, l'eccezione di tardività sollevata dalle parti resistenti appare fondata.

Il verbale di gara n. 13 del 16 febbraio risulta pubblicato sul profilo del committente il 28 febbraio 2018 (la veridicità della dizione relativa alla data della pubblicazione che la parte ricorrente mette in dubbio nella memoria del 10 ottobre 2018 non può, com'è ovvio, essere oggetto di contestazione in questa sede), per cui il termine per l'impugnativa scadeva pacificamente il 30 marzo 2018. Conseguentemente, poiché i motivi aggiunti contenenti le contestazioni in ordine all'avvalimento sono stati notificati soltanto il 15 giugno 2018, devono essere dichiarati tardivi.

III.5. Infine, sul punto, le considerazioni svolte in ordine a interpretazioni dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., volte a mitigare la portata preclusiva rispetto alla proposizione dei ricorsi, pur avendo una loro valenza in relazione ai principi costituzionali e comunitari che sanciscono il diritto di difesa e alla rimessione alla Corte di Giustizia dell'UE delle questioni di conformità a detti principi secondo gli apprezzamenti svolti dall'ordinanza del T.A.R. Piemonte n. 88 dell'11 gennaio 2008, non possono condurre il Collegio a letture volte a produrre l'effetto di una disapplicazione della disciplina normativa che è, allo stato vigente, e che, dunque, trova applicazione nel caso in questione.

III.6. L'eccezione di tardività va, pertanto, accolta con conseguente inammissibilità del IV e del V motivo aggiunto.

IV. Venendo alle ulteriori censure sollevate, occorre esaminare la legittimità dell'applicazione del CC. Mu. alla fattispecie in esame (I e II dei motivi aggiunti).

IV.1. La ricorrente ritiene che l'applicazione da parte dell'aggiudicataria, nella propria offerta, del Contratto Collettivo Nazionale Mu. in luogo del Contratto Collettivo Nazionale del settore dell'Edilizia, sia illegittima, sia perché in violazione del bando di gara, del disciplinare e del capitolato d'oneri, sia perché in contrasto con gli articoli 23, 30, 95 e 97 del d.lgs. 50/2016.

In particolare, si sottolinea come le opere dedotte nell'appalto afferiscano in via esclusiva al comparto edile, come si desume dalla lettura del bando di gara, che qualifica i lavori oggetto dell'appalto come "lavori di piccola manutenzione edile ascrivibili alla categoria OG2".

La categoria OG2, in base alla definizione del d.P.R. 207/2010, comprende "lavori di restauro e manutenzione di beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali" e "riguarda lo svolgimento di un insieme coordinato di lavorazioni specialistiche necessarie a recuperare, conservare, consolidare, ripristinare, ristrutturare, sottoporre a manutenzione gli immobili di interesse storico soggetti a tutela a norma delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali. Riguarda altresì la realizzazione negli immobili di impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici e finiture di qualsiasi tipo nonché di eventuali opere connesse, complementari e accessorie".

Il Capitolato d'oneri, all'art. 16, fa, altresì, riferimento ai seguenti prezziari: "1. Tariffa dei prezzi della Regione Lazio dell'anno 2012", Deliberazione della Giunta Regionale 6 agosto 2012, n. 412 (editore DEI, tipografia del Genio civile); 2. "Prezzi informativi dell'edilizia: Recupero ristrutturazione manutenzione" (editore DEI, tipografia del Genio civile, Volume Aprile 2017); 3. "Prezzario Restauro dei Beni Artistici 2016" di DEI - ARI (limitatamente a lavori di restauro monumentale)."

Tali prezziari afferirebbero tutti ad opere edili.

IV.2. Il disciplinare precisa, inoltre, che l'offerente deve dichiarare in sede di offerta tecnica di avere tenuto conto, nel redigere l'offerta, delle condizioni previste dal CC. di categoria e delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia contributiva, nonché degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori di cui al d.lgs. 81/2008.

Analogamente, per l'offerta economica, è prescritta l'indicazione ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, dei costi della manodopera e l'indicazione dei costi della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro.

Ancora la ricorrente richiama gli art. 95, comma 10, e 30, comma 4, del d.lgs. 50/2016, con i quali il Legislatore ha stabilito che ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture si applichino i contratti collettivi in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni più rappresentative e quelli il cui ambito di applicazione risulti più strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in materia prevalente.

IV.3. Anche l'ANAC (parere n. 6 del 4 febbraio 2015, parere n. 12 del 18 febbraio 2015) si sarebbe reiteratamente espressa nel senso che, a fronte di una stessa attività, qualificabile come edile, dedotta in misura prevalente nel disciplinare di gara, le imprese dovrebbero obbligatoriamente applicare il CC. dell'Edilizia.

Sotto questo profilo, formulare l'offerta in base ad un diverso trattamento economico dei lavoratori impiegati nel contratto comporterebbe una differenza di condizioni iniziali, in particolare nel costo del lavoro, che potrebbe compromettere i principi di concorrenza e di parità di trattamento tra le imprese partecipanti. Analogamente il Ministero del Lavoro, con la nota del 1 luglio 2015 n. 10565, confermerebbe la necessità di verificare l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa affidataria in rapporto all'esatta applicazione del contratto collettivo nazionale.

IV.4. Conclusivamente, la tesi di parte ricorrente si fonda sulla doverosa applicazione da parte delle imprese offerenti (con particolare riguardo alla "voce" del costo del lavoro) del CC. dell'Edilizia: tale doverosità discenderebbe sia dalle disposizioni del d.lgs. 50/2016, sia dalle note e circolari interpretative dell'ANAC e del Ministero del Lavoro, sia dalla circostanza che il bando e il capitolato hanno ad oggetto lavori della categoria OG2.

V. Le censure per come prospettate sono infondate.

V.1. In primo luogo, occorre verificare la doverosità dell'applicazione del CC. dell'Edilizia alla stregua delle disposizioni del decreto legislativo 50/2016 e, in particolare, dell'art. 30 comma 4.

Invero, la disposizione richiamata stabilisce l'obbligatorietà dell'applicazione al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni, del contratto

collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

V.2. Il ragionamento della ricorrente non è condivisibile.

La norma citata, ad una piana lettura, rimanda all'oggetto dell'appalto e ad una valutazione, spettante in prima battuta alla stazione appaltante, che investe la pertinenza del contratto collettivo nazionale applicato rispetto alla tipologia delle prestazioni da eseguire.

Infatti, la disposizione del Codice dei contratti richiamata non obbliga la pluralità dei soggetti che partecipano ad una gara d'appalto ad applicare un unico contratto collettivo nazionale, essendo questa una scelta ordinariamente riservata all'imprenditore (sul punto Consiglio di Stato, Sez. III 9 dicembre 2015 n. 5597), a meno che non sia la stazione appaltante a indicare espressamente, nella lex specialis, una determinata tipologia contrattuale a pena di esclusione: tale indicazione, tuttavia, non si rinviene nel caso all'esame e dev'essere, comunque, riservata a casi eccezionali, dovendo l'utilizzo di una clausola siffatta rispondere ad una "ferrea logica di correlazione tra requisiti da indicare e prestazioni da appaltare, perché, in caso contrario il principio del favor participationis ne risulterebbe gravemente sminuito ed in conclusione la legge di gara sarebbe stata emanata in assoluta violazione del principio di concorrenza" (tra le molte, sent. Consiglio di Stato, Sez. V, 05/10/2016, n. 4109).

Ciò che si può pacificamente affermare è che la norma dell'art. 30, comma 4, richiede che il contratto da applicarsi sia connesso e compatibile con l'oggetto dell'appalto, per cui si deve ritenere che debba in via interpretativa desumersi dalle prestazioni oggetto dell'appalto se il/i contratto/i collettivo/i a cui gli offerenti hanno parametrato le proprie offerte siano congrui rispetto all'oggetto dell'appalto. Tale operazione ermeneutica è demandata, in primo luogo, alla stazione appaltante nella fase di verifica della congruità delle offerte, nella quale possono essere valutati aspetti particolari che riguardano la singola organizzazione d'impresa in relazione alle prestazioni richieste dal bando e dal capitolato oltre alle eventuali economie che le diverse imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi.

Nel caso di specie, la Commissione di gara ha valutato compatibile con l'oggetto dell'appalto, e quindi con le lavorazioni OG2, l'applicazione al personale dell'impresa aggiudicataria del Contratto collettivo Mu.. Occorre, quindi, verificare la connessione rispetto all'oggetto dell'accordo quadro di tale Contratto collettivo.

V.3. L'art. 2 del Disciplinare di gara definisce la prestazione dedotta nell'accordo come "piccola manutenzione edile da realizzarsi presso il sistema Mu. Ci. di Roma capitale e gli altri siti e spazi culturali gestiti da Ze.", con un rinvio al Capitolato d'oneri allegato al disciplinare che così elenca, "a titolo non esaustivo", le tipologie di interventi a cui può essere chiamato l'appaltatore: "manutenzione di pavimentazioni esterne e interne, di balconi, terrazze e relative ringhiere e parapetti, di tetti e lastrici solari, volta anche a constatare le infiltrazioni di acque meteoriche; manutenzione di grondaie, pluviali, pozzetti e caditoie di smaltimento delle acque, previa pulizia, disostruzione e riparazione; manutenzione di rivestimenti interni e esterni; manutenzione di infissi esterni e interni, portoni e cancelli: manutenzione delle superfici murarie di tipo non decorato, ripristino intonaci e tinteggiature; manutenzione impianto idrico sanitario, per la disostruzione, riparazione e/o sostituzione degli apparecchi igienico-sanitari, di rubinetterie e accessori di ulteriori componenti; manutenzione piccoli impianti di condizionamento".

A tali prestazioni si aggiunge la fornitura degli strumenti e dei materiali da impiegare nell'ambito delle attività di manutenzione.

Dalla riportata elencazione e nel perimetro del sindacato sulla discrezionalità della Commissione di gara che questo Giudice Amministrativo può effettuare, le prestazioni dedotte non appaiono incoerenti con l'applicazione del Contratto Collettivo Mu., poiché, nell'elenco esemplificativo citato, non sono ricompresi interventi di rilevante manutenzione edile né vi compaiono servizi o lavori di particolare specificità sotto il profilo tecnico, tali da far ritenere non adeguato il contratto applicato dalla controinteressata.

Del resto, l'operazione logica effettuata dalla ricorrente è quella di inferire dalla tipologia di Contratto Collettivo applicato la qualificazione dell'impresa ad effettuare alcune tipologie di prestazioni, ma tale ragionamento non è corretto poiché la qualificazione della complessiva organizzazione d'impresa e del personale è garantita, in primo luogo, dall'attestazione SOA richiesta alle offerenti, mentre il Contratto Collettivo applicato incide prevalentemente sull'aspetto economico delle offerte, profilo questo anch'esso sollevato dalla ricorrente, ma giudicato infondato dal Collegio per i motivi testè espressi.

V.4. Sotto il profilo della conformità dell'aggiudicazione e dell'applicazione del Contratto Collettivo Mu. da parte della controinteressata rispetto ai richiamati pareri nn. 6/2015 e 12/2015 dell'ANAC e alla circolare del Ministero del Lavoro n. 10565, il Collegio rileva, oltre al loro carattere interpretativo ma non cogente, l'inconferenza dei medesimi rispetto al caso di specie poiché :

1. il parere n. 6/2015 dell'ANAC concerne un caso di appalto integrato di progettazione e esecuzione;

2. il parere n. 12/2015 della stessa ANAC riguarda l'obbligatorietà di iscrizione alla Cassa Edile nell'ambito di un appalto di riqualificazione funzionale e adeguamento della sede stradale, in cui, quindi, non è revocabile in dubbio l'applicazione del Contratto Collettivo del settore edile;

3. la circolare del Ministero del Lavoro del 22 settembre 2015, n. 10565, richiama "il criterio della prevalenza dell'attività oggetto dell'appalto per cui quando le attività edili non sono prevalenti non sorge alcun obbligo di applicazione del contratto collettivo nazionale dell'Edilizia in capo a un'impresa inquadrata o inquadrabile in settore diverso da quello dell'edilizia." Nel caso di specie, una volta stabilito che l'attività dedotta nel disciplinare non è qualificabile tout court come "edile", poiché la prevalenza delle attività previste è classificabile come "di piccola manutenzione", non vi è luogo alla doverosa applicazione del contratto di settore.

VI. Con il III dei motivi aggiunti, la ricorrente deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione alla controinteressata e della valutazione di congruità dell'offerta presentata per l'omissione della indicazione dei costi previdenziali relativi alla Cassa Edile.

VI. L'infondatezza del motivo deriva come conseguenza da quanto sopra argomentato e dalle conclusioni raggiunte in ordine alla non obbligatorietà dell'applicazione del Contratto collettivo nazionale del settore Edile all'appalto all'esame.

VII. Con il VI e ultimo dei motivi aggiunti, la ricorrente censura l'illegittimità della verifica di congruità per come svolta dalla stazione appaltante sull'offerta dell'aggiudicataria: in particolare tra le prime giustificazioni fornite con la nota del 23.3.2018 e le seconde del 4.4.2018, si sarebbe verificato un sovvertimento integrale delle prime analisi dei prezzi, ritenute errate e incongrue rispetto all'offerta.

Tale scostamento, che la controinteressata imputa prevalentemente a taluni "refusi" e errori materiali, contenuti nella prima nota di giustificazioni, non garantirebbe la serietà, congruità e affidabilità dell'offerta sia in relazione alla diversa esposizione dell'utile, sia del costo della manodopera sia infine dell'indice di produttività rispetto ai primi giustificativi resi.

In particolare la ricorrente pone in rilievo che l'importo indicato in sede di offerta e anche di giustificazioni, relativamente alle spese generali, pari al 3,5% del valore dell'appalto, sarebbe eccessivamente basso e non idoneo a coprire neanche le spese del "responsabile tecnico di commessa", anche ove si prendesse in considerazione per tale figura il più basso valore retributivo del CC. Mu. 6° livello.

In sintesi, le giustificazioni rese avrebbero teso a garantire ex post un'offerta palesemente incongrua e non funzionale a garantire l'esecuzione a regola d'arte dell'appalto. La Commissione giudicatrice non avrebbe rilevato le palesi incongruenze che derivano dalle seconde giustapposte giustificazioni.

VII.1. Il Collegio ritiene che il motivo sia infondato, in primo luogo alla stregua dei principi sanciti dalla pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale (cfr. Sez. V, 17/05/2018, n. 2951 e, per la riaffermazione del principio: Sez. III, 13/09/2018, n. 5378) in caso di valutazione di congruità dell'offerta anomala:

- non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti;

- il relativo giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, sempre che queste ultime siano a loro volta congrue ed adeguate.

Inoltre, deve rammentarsi che il giudizio di non anomalia dell'offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali evidenti errori di valutazione o valutazioni abnormi o inficiate da evidenti errori di fatto, il Giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'Amministrazione (cfr. Ad. Pl. n. 36/2012).

VII.2. Nel caso di specie, nella decisione dell'Amministrazione di ritenere le giustificazioni presentate dalla controinteressata, congrue e adeguate, non sono icu oculi ravvisabili elementi sintomatici di illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o di travisamento dei fatti.

Nello specifico, la ricorrente contesta il fatto che, a seguito della seconda richiesta di chiarimenti della stazione appaltante del 23.3.2018, l'aggiudicataria abbia modificato, con i giustificativi resi il 4.4.2018, le voci di cui si compongono le analisi dei prezzi e segnatamente l'utile, il costo della manodopera, l'indice di produttività .

VII.3. Occorre effettuare una breve premessa di carattere generale in ordine al fatto che si è in presenza di "Accordo Quadro" finalizzato alla "piccola manutenzione edile", con prestazioni "a

richiesta" e nel cui Capitolato manca un computo metrico estimativo specifico, per cui il dettaglio e la consistenza dei lavori e servizi richiesti non erano noti e determinabili né al momento della presentazione dell'offerta né nella fase delle giustificazioni.

Fatta tale premessa al fine di inquadrare l'ambito nel quale le imprese hanno presentato le offerte e nel quale si è svolta la verifica di congruità, va rilevato che la nota del 4.4.2018 dell'aggiudicataria, in relazione all'"incidenza della produttività" e all'"analisi dei prezzi", ammette l'errore e dà conto anche di come vi si sia palesemente incorsi: "i primi giustificativi hanno erroneamente applicato la formula utilizzata nel caso di attività per le quali si prevede di impiegare due risorse anche laddove la previsione prevede l'impiego di una risorsa. La formula, per detti ultimi casi, riporta pertanto erroneamente un valore della "Produzione oraria prevista" in misura dimezzata rispetto alla sua reale incidenza. Questa dicotomia si è registrata in tutte le analisi che prevedono la presenza di una risorsa, a testimonianza del fatto che si è trattato di un errore materiale."

Peraltro, questa correzione non ha modificato la restante parte delle analisi già trasmesse con la precedente nota del 23.3., le quali sono rimaste valide, per cui non può essere affermata una modifica sostanziale dell'offerta economica in presenza di una giustificazione quale quella riportata, con la quale l'aggiudicataria si è limitata ad ammettere l'errore materiale commesso e lo ha prontamente emendato.

In relazione alla "spese generali", calcolate al 6,50% (altro punto specifico sul quale si è soffermata la seconda richiesta di giustificativi da parte della stazione appaltante), la controinteressata ha dato riscontro, affermando sostanzialmente che la struttura del Gruppo in cui opera l'impresa offerente con la condivisione di uffici e strutture di staff, oltre che di alcune Direzioni Generali, consente una ripartizione dei relativi costi. Analogamente, ulteriori costi sono condivisi con altre commesse in corso di esecuzione oppure vi sono degli accordi con il proprietario di prodotti già acquistati, com'è il caso delle licenze d'uso del sistema informativo.

Per quanto riguarda ulteriori "costi propri", l'aggiudicataria ha richiamato la circostanza che alcuni mezzi di trasporto, attrezzature e mezzi d'opera sono tutti pressoché ammortizzati.

Il Responsabile del procedimento ha ritenuto, anche sotto tale profilo, che i giustificativi fossero congrui e tale apprezzamento non appare al Collegio arbitrario, irrazionale o fondato su un travisamento dei fatti.

Con riguardo all'utile d'impresa, i secondi giustificativi resi il 4.4.2018, lo ragguagliano in diminuzione, ma pur sempre in una percentuale accettabile (circa il 10% del valore

dell'appalto), in relazione al diverso inquadramento del personale rispetto all'offerta originaria, con la quale l'impresa aveva previsto, in modo erroneo, una figura di II livello, correttamente sostituita nei giustificativi con una di III livello.

Complessivamente, dunque, la valutazione finale del Responsabile del procedimento nel dare atto della congruità dell'offerta, resiste alle censure di illegittimità dedotte dalla ricorrente.

VIII. Per le motivazioni illustrate, il Collegio ritiene che il ricorso principale sia da respingere e che i motivi aggiunti siano in parte da dichiarare inammissibili (motivi nn. IV e V) e in parte da respingere.

IX. La complessità delle questioni trattate giustifica pienamente la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio Sezione Seconda, definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale;

- dichiara in parte inammissibili e in parte respinge i motivi aggiunti, secondo quanto indicato in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti costituite le spese del giudizio.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio - Presidente

Emanuela Loria - Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano - Primo Referendario