

Pubblicato il 09/04/2020

N. 02330/2020REG.PROV.COLL.  
N. 03522/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3522 del 2017,  
proposto da

Consorzio Ca.He., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Palieri, con domicilio eletto presso  
lo studio Studio Placidi s.r.l., in Roma, via Cosseria 2;

*contro*

Provincia di Brindisi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Marino Guadalupi, con domicilio  
eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato;

*nei confronti*

Bagnato Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto  
presso il suo studio, in Roma, corso del Rinascimento 11;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Sezione staccata di Lecce, Sezione II, n. 474/2017, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in appalto dei lavori di adeguamento alle norme di sicurezza del Liceo Classico B. Marzolla di Brindisi;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Brindisi e della Bagnato Costruzioni s.r.l.;

Vista l'ordinanza della Sezione del 17 novembre 2017, n. 5306;

Viste memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2020 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Melucci su delega di Palieri, Zurlo su delega di Guadalupi, e Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio Ca.He. e la Bagnato Costruzioni s.r.l. hanno appellato rispettivamente in via principale e incidentale la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – sezione staccata di Lecce in epigrafe, con cui sono stati accolti i ricorsi principale e incidentale degli stessi due operatori economici, partecipanti alla procedura indetta dalla Provincia di Brindisi (con bando approvato con determinazione n. 895 del 6 novembre 2015) per l'affidamento in appalto dei lavori di adeguamento alle norme di sicurezza del liceo classico “Marzolla” di Brindisi, del valore di € 639.106,79.

2. In accoglimento del ricorso del secondo classificato Consorzio Ca.He. il Tribunale amministrativo annullava l'aggiudicazione alla Bagnato Costruzioni

(disposta con determinazione n. 468 del 14 giugno 2016), per contraddittorietà in atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della medesima aggiudicataria, conclusosi positivamente malgrado quest'ultima non avesse fornito risposte sufficienti ai rilievi critici concernenti le voci di costo dell'offerta sui quali erano stati svolti approfondimenti.

3. Di seguito il medesimo giudice di primo grado annullava anche l'ammissione alla gara del Consorzio Ca.He., impugnata in via incidentale dell'aggiudicataria Bagnato Costruzioni, per difetto dei requisiti di qualificazione. Nello specifico era ritenuta dirimente la mancanza dell'attestazione SOA nella categoria di lavori prevalente OG1, classifica III, per l'intero importo dell'appalto, necessario per il giudice di primo grado per supplire al difetto di qualificazione del ricorrente principale nella categoria scorporabile OG11, classifica I, non colmabile con l'incremento del quinto ai sensi dell'art. 61 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 2017, della classifica II nella categoria prevalente posseduta dal Consorzio Ca.He.

4. Con i loro rispettivi appelli le due concorrenti censurano:

- il Consorzio Ca.He. l'accoglimento del ricorso incidentale della Bagnato Costruzioni e il mancato accoglimento degli ulteriori motivi del proprio ricorso principale concernenti la verifica di anomalia svolta dalla Provincia di Brindisi nei confronti dell'aggiudicataria, diretti ad accertare ragioni di esclusione dalla gara di quest'ultima;
- la medesima Bagnato Costruzioni, innanzitutto, il mancato riconoscimento del carattere escludente del proprio ricorso incidentale, dal cui accoglimento avrebbe dovuto essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso principale; inoltre l'accoglimento delle censure avversarie relative alla verifica di anomalia; l'aggiudicataria ripropone infine gli ulteriori motivi del proprio ricorso incidentale assorbiti dal giudice di primo grado.

5. Si è costituita in giudizio la Provincia di Brindisi per resistere ad entrambi gli appelli.

6. Il giudizio è stato sospeso da questa Sezione, con ordinanza del 17 novembre 2017, n. 5306, indicata in epigrafe, a causa della pendenza presso la Corte di giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nei giudizi di impugnazione di atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici.

7. Definita la questione pregiudiziale, con sentenza della Corte europea del 5 settembre 2019, C-333/18 (*Lombardi Srl*), la Provincia di Brindisi e la Bagnato Costruzioni hanno chiesto la prosecuzione del processo (con istanze depositate il 18 e 19 settembre 2019) ed all'esito dello scambio di memorie conclusionali la causa è passata in decisione all'udienza del 20 febbraio 2020.

## DIRITTO

1. E' appellata dalle concorrenti prima e seconda classificata della procedura di affidamento in appalto dei lavori di adeguamento alle norme di sicurezza del liceo classico "Marzolla" di Brindisi la sentenza del Tribunale amministrativo di Lecce in epigrafe, che in accoglimento dei contrapposti mezzi di impugnazione ha accertato nei confronti di entrambe le concorrenti cause ostative alla loro permanenza in gara: per contraddittorietà del giudizio positivo all'esito della verifica di anomalia dell'offerta della Bagnato Costruzioni, risultata la migliore all'esito della precedente selezione, cui ha poi fatto seguito l'aggiudicazione a favore della stessa società; per difetto dei requisiti di qualificazione nei confronti del secondo classificato Consorzio Ca.He.

2. Tanto premesso, una prima questione da esaminare è se sia legittimo l'esame di entrambi i ricorsi di primo grado o se invece, come sostiene la

Bagnato Costruzioni nel primo motivo del proprio appello incidentale, la sentenza abbia errato nell'attribuire al ricorso principale del Consorzio Ca.He. carattere escludente, al pari del ricorso incidentale della medesima aggiudicataria. A fondamento delle proprie censure quest'ultima, premesso che alla procedura di gara hanno partecipato e sono stati ammessi a presentare le offerte altri operatori economici, sottolinea che l'accoglimento dei motivi concernenti la verifica di anomalia comporta la rinnovazione di tale sub-procedimento, senza alcun effetto automaticamente escludente nei propri confronti, al contrario di quanto avviene per il difetto dei requisiti di qualificazione accertato dallo stesso giudice di primo grado nei confronti del ricorrente principale Consorzio Ca.He.

3. Sulla questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale è quindi intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 settembre 2019, C-333/18 (*Lombardi Srl*), nell'attesa della quale il processo è stato sospeso.

4. All'udienza di discussione del 20 febbraio 2020 la difesa della Bagnato Costruzioni ha incentrato il dibattito processuale sul principio di diritto ivi affermato, secondo cui il diritto europeo relativo alle procedure di ricorso in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici *«osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto (...) ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi»* (così nel dispositivo della sentenza della Corte di giustizia).

La difesa della Bagnato Costruzioni, oltre a ribadire il carattere non escludente

del ricorso del Consorzio Ca.He., ha al riguardo posto in rilievo i possibili effetti distorsivi che il principio di diritto affermato dalla Corte di giustizia potrebbe determinare, nella misura con esso l'interesse ad agire è stato disancorato dall'immediato conseguimento di un'utilità concreta derivante dalla decisione di accoglimento del proprio ricorso. Secondo l'appellante incidentale, per effetto del *dictum* del giudice sovranazionale anche un concorrente posto in posizione non utile nella graduatoria di gara e che giammai potrebbe conseguire l'aggiudicazione, nondimeno, si potrebbe vedere comunque esaminato il proprio ricorso diretto a contestare la legittimità di tale provvedimento. La difesa della Bagnato Costruzioni ha quindi concluso affinché la questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale sia nuovamente deferita all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato in vista di una nuova possibile rimessione ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea alla Corte di Giustizia.

4. La Sezione reputa non necessario deferire la questione all'Adunanza plenaria o in ambito sovranazionale: dopo l'ultima pronuncia interpretativa della Corte la questione dei rapporti tra contrapposti ricorsi in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici deve infatti ritenersi ormai chiara.

5. Deve premettersi che, come nel caso oggetto del presente, il principio di diritto sopra richiamato è stato espresso in una controversia relativa ad una procedura di gara alla quale «*abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione)*» (§ 19 della sentenza della Corte di giustizia; in cui è riportata la questione pregiudiziale sollevata dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con ordinanza dell'11 maggio 2018, n. 6).

Ciò premesso, in relazione alla descritta situazione - ed in particolare «*anche*

*quando, come nella controversia di cui al procedimento principale, altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione» (§ 26) - la Corte di giustizia ha affermato che in base al principio dell'efficacia dei ricorsi in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici deve comunque essere esaminato nel merito il ricorso di ogni concorrente che «può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare» (§ 24). Ciò in vista del risultato utile comunque conseguibile, consistente nello stimolo indotto dalla pronuncia giurisdizionale di annullamento al potere di autotutela della stazione appaltante la quale, vistasi invalidare le offerte oggetto delle contrapposte impugnazioni, tra cui quella dell'aggiudicataria, «potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa» (§ 28).*

6. Occorre aggiungere sul punto che nell'affermare il principio sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale così sintetizzato la Corte di giustizia ha per un verso dato continuità alla propria precedente giurisprudenza, espressa nelle sentenze del 4 luglio 2013, C-100/12 (*Fastweb*) e 5 aprile 2016, C-689/13 (*Puligienica Facility Esco s.p.a. - PFE*), che già avevano chiarito che «il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti» ai fini dell'applicazione del principio sopra enunciato (§ 30).

Per altro verso la Corte di giustizia ha inoltre precisato che il medesimo principio non incontra ostacolo nell'apparente contraria regola affermata in

propri precedenti, ed in particolare nella sentenza 21 dicembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*). Ciò in ragione del fatto che in quel caso l'esclusione dalla gara del ricorrente si era ormai consolidata, e precisamente: *«era stata confermata da una decisione che aveva acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunciasse, sicché il suddetto offerente doveva essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione»* (§ 31).

7. Pacifico che quello da ultimo descritto non è il caso oggetto del presente giudizio, in cui l'offerta del ricorrente principale Consorzio Ca.He è stata valutata e collocata al secondo posto della graduatoria, le pur suggestive argomentazioni difensive della Bagnato Costruzioni si infrangono contro le chiare affermazioni di principio della Corte di giustizia sopra riportate. Da esse deve trarsi la regola che nei giudizi di impugnazione di atti di procedure di affidamento di contratti pubblici l'interesse ad agire in giudizio può avere sostanza in un'utilità non immediatamente ritraibile dalla decisione di accoglimento del ricorso, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza nazionale in relazione all'art. 100 cod. proc. civ., ma può essere anche intermediato dall'esercizio di un potere amministrativo di cui è paradigmatico il carattere discrezionale, quale quello di autotutela.

8. Ciò che in ogni caso è impedito al giudice davanti al quale i contrapposti ricorsi siano stati proposti è di alterare la parità delle parti, che nel processo amministrativo ha peraltro valore di principio generale (art. 2, comma 1, cod. proc. amm.), per effetto della diversa posizione in graduatoria di due concorrenti portatori di un uguale e contrapposto interesse legittimo all'altrui esclusione dalla gara. Più precisamente, fino a che un'esclusione da questa non si sia consolidata, per effetto di un provvedimento dell'amministrazione non



impugnato o la cui impugnazione sia stata respinta con sentenza definitiva, non è possibile pregiudicare il diritto ad un ricorso efficace, secondo il diritto europeo sugli appalti pubblici, sulla base della posizione in gara del concorrente e dell'ordine con cui in sede giurisdizionale i ricorsi sono trattati, perché deve comunque essere considerato il suo interesse strumentale alla rinnovazione della gara, ancorché condizionato dal potere di autotutela della stazione appaltante.

9. In considerazione di tutto quanto finora esposto non si ravvisano i presupposti ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. per il deferimento in sede nomofilattica della questione, ormai risolta in ambito sovranazionale, per giunta con l'affermazione di principi in contrasto con quanto in precedenza stabilito dall'Adunanza plenaria, a partire dalla sentenza 10 novembre 2008, n. 11, che aveva riconosciuto l'interesse strumentale solo in caso di contrapposte impugnazioni delle uniche due partecipanti alla gara, e poi nelle successive sentenze 7 aprile 2011, n. 4, 30 gennaio 2014, n. 7, e 25 febbraio 2014, n. 9. La diversa linea seguita rispetto alla Corte di giustizia, con le sopra citate sentenze del 4 luglio 2013, C-100/12 (*Fastweb*) e 5 aprile 2016, C-689/13 (*Puligienica*), ha infine indotto l'Adunanza plenaria a chiedere al giudice sovranazionale un ulteriore chiarimento sulla questione, infine giunto con la sentenza del 5 settembre 2019, C-333/18 (*Lombardi Srl*).

9. Sul punto può ancora aggiungersi che le censure relative al giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria hanno portata potenzialmente escludente, nella misura, più un meno ampia, in cui la loro fondatezza vincola l'amministrazione a rivalutare l'offerta alla luce delle illegittimità accertate in sede giurisdizionale, fino al possibile esito dell'esclusione automatica della stessa; e che per contro l'opposta tesi affermata nel primo motivo dell'appello incidentale è potenzialmente foriera di orientamenti tendenti nuovamente a

circoscrivere la portata dei principi affermati dalla Corte di giustizia, nella misura in cui ai fini dell'interesse a ricorrere richiede di distinguere tra diverse cause di illegittimità degli atti di gara.

10. Quanto agli effetti distorsivi in ipotesi derivanti dal ricorso di un concorrente che per collocazione in graduatoria e portata e destinatari delle censure di legittimità formulate non potrebbe comunque ottenere l'aggiudicazione della gara, secondo le ulteriori considerazioni svolte dalla difesa della Bagnato Costruzioni, va chiarito che lungi dal collocarsi sul piano del contrasto con il diritto, nazionale o sovranazionale, esse rimangono confinate ad una critica nel merito delle caratteristiche del sistema processuale, per i connotati di giurisdizione di diritto oggettivo che esso (indubbiamente) assume, ma non anche della sua conformità al diritto. Su questo stesso piano è nondimeno possibile contrapporre l'utile effetto che un ricorso proposto da un concorrente nella posizione poc'anzi descritta, implicante per quest'ultimo l'assunzione di oneri economici, può comunque produrre nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice: innanzitutto quale stimolo per l'esercizio del potere di autotutela al fine di ristabilire la legittimità della procedura di gara; ed in ogni caso, all'esito del giudizio, al fine di rimuovere un'aggiudicazione non conforme al diritto, sebbene a ciò non faccia seguito l'acquisizione della commessa a favore del ricorrente.

11. La presente vicenda contenziosa è paradigmatica rispetto a quanto ora affermato.

Grazie al ricorso del Consorzio Ca.He. è stato infatti possibile accertare l'evidente illegittimità da cui sono affetti gli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, che in accoglimento del ricorso principale di quest'ultimo il giudice di primo grado ha riscontrato.

E' accaduto nello specifico che l'offerta della Bagnato Costruzioni,

doverosamente sottoposta a verifica per superamento della soglia prevista dall'art. 86, comma 2, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, per superamento dei quattro quinti del punteggio massimo attribuibile per le offerte tecnica ed economica (tale risultata alla seduta di gara del 31 dicembre 2015), è stata corredata da giustificativi, acquisiti il 26 gennaio 2016, che tuttavia sono stati ritenuti *«non sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta»* in relazione alle voci di costo per i quali essi erano stati richiesti dalla Provincia di Brindisi (così la nota in data 30 marzo 2016, prot. n. 13560). L'amministrazione ha pertanto preteso ai sensi dell'art. 88, commi 1-*bis* e 2, d.lgs. n. 163 del 2006, precisazioni in merito alle voci di maggiore incidenza sul ribasso offerto, ed in particolare sul costo della manodopera e dei materiali impiegati nei lavori, ancora una volta senza esito. Esse sono state infatti ritenute *«tali da consentire un definitivo convincimento sulla congruità dell'offerta nel suo complesso»* (così nella nota di prot. n. 19892 del 10 maggio 2016) ed hanno pertanto portato al contraddittorio orale ex art. 88, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006. In questa sede (seduta del 17 maggio 2016) il rappresentante della Bagnato Costruzioni si è limitato ad affermare che il costo della manodopera da essa esposto nei giustificativi dell'offerta è congruo e per il resto a richiamare le giustificazioni e i chiarimenti precedentemente resi, senza prendere posizione sui rilievi sollevati dalla stazione appaltante.

La sola precisazione fornita in sede di contraddittorio orale risultata conforme alle richieste di chiarimenti della stazione appaltante è quella concernente il prezzo offerto, che la Bagnato Costruzioni ha precisato essere pari non già a quello dichiarato e quindi valutato dalla stazione appaltante ai fini dell'attribuzione del punteggio, di € 508.591,64, pari alla somma del prezzo di € 484.396,88 a titolo di corrispettivo ed i restanti € 24.194,76 per oneri per la

sicurezza non ribassabili, ma di € 503.011,64, corrispondente alla somma del corrispettivo con gli oneri per la sicurezza pari ad € 18.614,76, come stimati dalla Provincia di Brindisi. Ciò in ragione del divieto previsto dal disciplinare di gara di porre a carico della stazione appaltante le varianti al piano di sicurezza dalla stessa predisposto (espresso in questi termini: *«le opere migliorative sono ipotizzate conoscendo che non potranno esservi incrementi per l'importo relativo alla sicurezza già stimato da parte della stazione appaltante»*), per rimediare al quale è stata apportata tale modifica, con la conseguente precisazione fornita dalla Bagnato Costruzioni che l'eccedenza di € 5.580 così venutasi a determinare per tale voce sarebbe stata imputata alle spese generali.

12. Del tutto inopinato è il giudizio finale sulla verifica di anomalia espresso dal r.u.p., laddove in esso si fa riferimento all'*«esito positivo del colloquio finale»* e su questa base si propone all'amministrazione di aggiudicare la gara alla medesima concorrente (nota del 24 maggio 2016, prot. n. 44/ST). La proposta è stata infatti recepita pedissequamente dalla commissione giudicatrice nel provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato nella successiva seduta del 7 giugno 2016, sulla base della modifica del prezzo offerto dalla Bagnato Costruzioni da € 508.591,64 ad € 503.011,64. Le contraddittorietà emergenti dagli atti finora esaminati si è infine ripercossa sul provvedimento finale di aggiudicazione definitiva, in cui sono richiamati gli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

13. Sul punto, non giova alla Bagnato Costruzioni addurre, nel secondo motivo d'appello incidentale, la "riserva di amministrazione", per via del carattere discrezionale delle valutazioni relative alla congruità dell'offerta (come anche alla Provincia di Brindisi, nelle proprie adesive difese). Tale carattere non osta infatti a che in un sistema di giustizia amministrativa evoluto e con tutela effettiva quale quello italiano lo stesso sia sottoposto a

*judicial review* e sia apprezzato sulla base del riscontro delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, tipico vizio di legittimità della discrezionalità che contraddistingue il potere autoritativo (è al riguardo il caso di richiamare le affermazioni di principio espresse sul punto dalla sentenza della IV Sezione di questo Consiglio di Stato del 6 marzo 1999, n. 601). Tra tali sintomi vi è appunto quello della contraddittorietà in atti e della carenza di motivazione da cui sono risultati affetti gli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia condotto dalla Provincia di Brindisi.

14. Respinto dunque anche il secondo motivo dell'appello incidentale, è per contro fondato il secondo motivo dell'appello principale del Consorzio Ca.He., relativo alla medesima fase di gara.

Deve al riguardo premettersi che rispetto al suo esame vi è interesse da parte dell'originaria ricorrente, poiché idoneo a rafforzare il vincolo conformativo a carico dell'amministrazione rispetto all'eventuale rinnovo della valutazione di congruità dell'offerta.

15. Ciò precisato, come il medesimo Consorzio Ca.He. deduce, è evidente che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria è inficiato dalla modifica sostanziale ad essa apportata per renderla conforme alla normativa di gara, ed in particolare al sopra richiamato divieto previsto dal disciplinare di gara di porre a carico della stazione appaltante le varianti al piano di sicurezza dalla stessa predisposto. Il divieto in questione è stato violato dalla Bagnato Costruzioni con la formulazione dell'offerta comprendente oneri per la sicurezza per € 24.194,76 sul totale di € 508.591,64, e poi corretto dalla Provincia di Brindisi con la riduzione di quest'ultimo valore in € 503.011,64, per effetto della corrispondente riconduzione della voce relativa agli oneri per la sicurezza nella misura di € 18.614,76 prevista dalla stessa stazione appaltante. La modifica così introdotta ha quindi inciso

sulla manifestazione di volontà espressa dal concorrente attraverso un intervento manipolativo sul prezzo da questa offerto ed ha così comportato, in violazione della *par condicio competitorum*, che un divieto previsto dalla normativa di gara è stato disapplicato dalla stazione appaltante tenuta invece alla sua osservanza ed applicazione nei confronti di tutti i concorrenti. Sul punto va data continuità alla costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato secondo cui nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sono consentite modifiche alle voci di costo che compongono l'offerta purché giustificate da fatti obiettivi e sopravvenuti rispetto alla sua formulazione, ma resta fermo il limite insuperabile dell'immutabilità dell'importo contrattuale offerto (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, III, 7 gennaio 2020, n. 88; V, 12 febbraio 2020, n. 1070, 8 gennaio 2019, n. 171). Nel caso di specie proprio questo limite è stato violato, con la riduzione del prezzo offerto dalla Bagnato Costruzioni da 508.591,64 a 503.011,64 euro, che la Provincia di Brindisi ha autoritativamente applicato, e l'aggiudicataria ha poi accettato, al fine di correggere un'offerta presentata da quest'ultima in modo non conforme alla normativa di gara.

16. Come ulteriormente deduce il Consorzio Ca.He. l'offerta della Bagnato Costruzioni è difforme dalla normativa di gara anche perché il costo della manodopera di € 335.944,10, non modificabile ai sensi del punto II.2.1 lett. d) del bando di gara, oltre che del disciplinare di gara, laddove si specifica, con riguardo all'offerta economica, che il prezzo «*deve intendersi comprensivo dei costi necessari per l'esecuzione delle opere migliorative o in variante proposte da parte del concorrente e coincidente con l'importo risultante dai documenti di cui ai successivi punti 2) e 3)*», è invece incrementato dall'aggiudicataria nella propria offerta, in misura corrispondente alle migliorie offerte dall'aggiudicataria in variante al progetto esecutivo predisposto dalla Provincia di Brindisi, stimate in € 41.272,10, e così

per un totale di € 377.206,47. Anche in quest'ultimo caso la Bagnato Costruzioni ha violato il divieto sopra citato di porre a carico dell'amministrazione i costi per le migliorie, rilevanti invece solo ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta.

L'ammontare previsto a tale titolo, pari come detto € 41.272,10, dovrebbe pertanto essere correttamente imputata alla parte ribassabile, per la quale la Bagnato Costruzioni ha tuttavia esposto un ribasso di € 107.190,41 sulla base d'asta di € 284.547,90. Il restante ammontare, pari ad € 65.918,31, non risulta in grado di giustificare il costo dei materiali da impiegare nei lavori, che la stessa aggiudicataria ha stimato in sede di verifica dell'anomalia in misura superiore, pari ad € 210.744,16, oltre che alle spese generali, incrementate di € 5.580 per effetto, e all'utile di impresa, previsto nella misura del 6%. Dallo sbilancio negativo delle voci di costo dell'offerta si ricava pertanto l'erroneità del giudizio di congruità espresso dall'amministrazione resistente.

17. Sul punto deve ancora aggiungersi che anche in tale caso l'accertamento compiuto rimane circoscritto nei limiti della legittimità amministrativa entro i quali nella presente sede giurisdizionale è sindacabile la discrezionalità tecnica insita nella verifica di anomalia dell'offerta presentata in una procedura di affidamento di contratti pubblici.

18. Se dunque sono infondati i motivi dell'appello incidentale dell'aggiudicataria diretti a contestare tanto l'esame del ricorso principale di primo grado del Consorzio Ca.He. contro l'aggiudicazione quanto il relativo accoglimento, mentre è per contro fondato l'appello principale di quest'ultimo nella parte relativa agli ulteriori profili di illegittimità da cui è affetto il giudizio di congruità dell'offerta della Bagnato Costruzioni, sono infine da respingere le censure dell'appello principale dirette invece a contestare l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado della medesima aggiudicataria.

19. Deve infatti essere confermato il giudizio di carenza di qualificazione del Consorzio Ca.He. rispetto ai lavori oggetto della procedura gara in contestazione nel presente giudizio, di importo pari ad € 639.106,79.

Per essi era previsto un valore della categoria prevalente OG1 (edifici civili ed industriali) di € 605.107,42, (pari al 97,52% dell'opera), e di ulteriori € 15.384,61 nella categoria scorporabile OG11 (impianti tecnologici), pari al 2,48% dell'opera; il restante ammontare di € 18.614,76 è invece relativo ad oneri della sicurezza non ribassabili. E' quindi pacifico che il Consorzio Ca.He., non qualificato per la categoria scorporabile, in relazione a quella prevalente non disponeva nemmeno della classifica III per l'intero importo dei lavori; altrettanto incontestato è che inoltre il fatto che la ricorrente non raggiungesse quest'ultima classifica nemmeno con l'aumento del quinto, ai sensi del sopra citato art. 61 del medesimo regolamento, della classifica I per la medesima categoria prevalente posseduta.

20. Come stabilito dal Tribunale amministrativo, la qualificazione nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori era invece necessaria, ai sensi dell'art. 92, comma 1, del regolamento di esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici, di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, per il quale il concorrente singolo si qualifica alternativamente con possesso della qualificazione in ciascuna categoria, prevalente e scorporabile *«per i singoli importi»*, o nella sola categoria prevalente *«per l'importo totale dei lavori»*.

21. In contrario il Consorzio Ca.He. sostiene che sarebbe illegittimo ai sensi dell'art. 108 del regolamento lo scorporo di lavori nella categoria specialistica OG11, perché inferiore alla soglia del 10% dell'importo totale dei lavori prevista dal comma 3 di quest'ultima disposizione regolamentare. A fondamento dei propri assunti il Consorzio Ca.He. richiama il precedente di questa Sezione di cui alla sentenza del 26 marzo 2012, n. 1726.



22. Come tuttavia controdeduce la Bagnato Costruzioni le contestazioni dell'originaria ricorrente sul punto avrebbero dovuto essere proposte mediante rituale impugnazione della normativa di gara per questa parte, una volta che la medesima aggiudicataria ha posto in via incidentale la questione del difetto di qualificazione del Consorzio Ca.He. nella categoria OG11. Lo scorporo di quest'ultima risale infatti alla definizione dei requisiti di qualificazione operato dalla Provincia di Brindisi nel bando di gara, punto III.2.3 - in cui per tale categoria si richiede l'attestazione SOA in classifica I - che dunque assume carattere lesivo sotto il profilo in questione.

23. Ma a prescindere da questa pur assorbente considerazione, lo scorporo non è comunque illegittimo per violazione dell'art. 108 d.P.R. n. 207 del 2010, richiamato dal Consorzio.

Per quanto di interesse nel presente giudizio, il comma 1 della disposizione regolamentare in questione prevede che nei bandi di gara è richiesta la qualificazione *«nella categoria di opere generali che rappresenta la categoria prevalente, e che identifica la categoria dei lavori da appaltare»*, con la precisazione che per categoria prevalente si intende *«quella di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento»*, Nella medesima disposizione è ulteriormente specificato che nei bandi *«sono altresì richieste le eventuali ulteriori qualificazioni per le lavorazioni di cui all'articolo 109, commi 1 e 2»* [riferimento poi sostituito all'art. 12, comma 2, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 (*Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015*; convertito dalla legge 23 maggio 2014, n. 80)], ovvero alle c.d. categorie "super-specialistiche a qualificazione obbligatoria" (strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice dei contratti pubblici abrogato), tra cui è compresa la OG11.

Il comma 2 dell'art. 108 prevede poi che nei bandi di gara *«è indicato l'importo*

*complessivo dell'opera o del lavoro oggetto dell'appalto, la relativa categoria generale o specializzata considerata prevalente nonché le ulteriori categorie generali e specializzate di cui si compone l'opera o il lavoro, con i relativi importi che sono scorporabili e che a scelta del concorrente, sono subappaltabili o affidabili a cottimo, con i limiti di cui all'articolo 109».*

In relazione a tale ulteriore previsione il successivo comma 3 prevede quanto segue: *«Le ulteriori categorie generali e specializzate di cui al comma 2 sono quelle che, a scelta del progettista in sede di redazione del progetto a base di gara, sono o di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro».*

24. Dal complesso delle disposizioni regolamentari in esame si ricava per un verso che in sede di redazione del bando di gara possono essere scorporate dall'importo del contratto le categorie di lavori diverse da quella prevalente e per altro verso che quando l'ammontare delle categorie scorporate superano le soglie previste dall'art. 108, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010, è richiesta la qualificazione in proprio del concorrente, o altrimenti è obbligatorio il subappalto *«ad imprese in possesso delle relative qualificazioni»* (c.d. subappalto necessario), ai sensi del sopra citato art. 12, comma 2, d.l. n. 47 del 2014, lett. b).

25. Principio non dissimile è stato affermato nel precedente di questa Sezione di cui alla sentenza del 26 marzo 2012, n. 1726, sopra richiamata, in un caso in cui l'aggiudicataria aveva appunto fatto ricorso al subappalto, come risulta dal seguente passaggio motivazionale: *«Legittimamente (...) la stazione appaltante ha ammesso a gara l'impresa, poi risultata aggiudicataria, che era in possesso della qualificazione nella categoria prevalente secondo la classifica indicata nel bando conformemente all'art. 73, comma 2 (diversamente dal caso deciso da Cons. St. Sez. V, 20.6.2011, n. 3698, in cui l'impresa offerente non era in possesso della qualificazione*

*nella categoria prevalente) e che aveva dichiarato nella propria offerta di voler affidare in subappalto ad imprese, peraltro dotate della relativa qualificazione, le lavorazioni appartenenti a categorie diverse, scorporabili e subappaltabili, tutte di importo inferiore a quello indicato al comma 3 dell'art. 73 del d.P.R. n. 554/1999 e, quindi, escluse ai fini della qualificazione dell'impresa concorrente».*

26. Non altrettanto risulta nel caso di specie, per cui la statuizione di accoglimento del ricorso incidentale della Bagnato Costruzioni deve essere confermata. La stessa non vanta alcun interesse a vedersi esaminate le censure escludenti nei confronti del Consorzio Ca.he. oggetto degli ulteriori motivi del proprio appello incidentale, che per questa parte va dunque dichiarato improcedibile, poiché dal loro eventuale accoglimento non ricaverebbe un'utilità maggiore a quella già ricavabile dal difetto di qualificazione del ricorrente principale.

27. All'esito dell'esame dei contrapposti mezzi di impugnazione quali riproposti in appello restano dunque confermate le esclusioni dalla gara nei confronti di entrambe le società parti del presente giudizio ma per effetto dell'accoglimento parziale dell'appello principale del medesimo Consorzio Ca.He., nei termini sopra precisati, l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Bagnato Costruzioni va dichiarata anche per le ulteriori ragioni in precedenza accertate.

La complessità delle questioni controverse, anche di carattere processuale, giustifica la compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede;

- accoglie in parte l'appello principale, nei sensi di cui in motivazione e lo respinge nel resto;

- respinge l'appello incidentale in parte, nei sensi di cui in motivazione, e lo dichiara improcedibile nel resto;
- per l'effetto conferma l'annullamento dell'ammissione alla gara del Consorzio Ca.He. e dell'aggiudicazione in favore della Bagnato Costruzioni s.r.l., quest'ultima per le ulteriori ragioni indicate in dispositivo;
- compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Fabio Franconiero**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**