

N. 00547/2023REG.PROV.COLL.

N. 00280/2023 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 280 del 2023, proposto da Soc. Coop. Sociale Pegaso A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentata e difesa dall'Avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale Raffaello Sanzio 60;

contro

Comune di Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Giambò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

ATI Licata Clean Service s.r.l. – Servizi Cimiteriali s.r.l. – Tre Emme Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocato Silvano Martella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 3355/2022, resa tra le parti, pubblicata il 22 dicembre 2022, con cui era respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento: - del provvedimento di esclusione, comunicato con nota dell'8 luglio 2022;

- del verbale n. 4 dell'8 luglio 2022;

- del verbale di verifica della congruità dell'offerta del 7 luglio 2022;

- del provvedimento d.d. n. 6113 del 15 luglio 2022 di aggiudicazione definitiva nei confronti dell'ATI Licata Clean Service s.r.l. – Servizi Cimiteriali s.r.l. – Tre Emme Costruzioni s.r.l.s., comunicato con nota del 19 luglio 2022;

- della nota di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela del 1° agosto 2022;

- di ogni altro provvedimento antecedente o successivo, comunque connesso, presupposto o consequenziale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Messina e dell'ATI Licata Clean Service s.r.l. – Servizi Cimiteriali s.r.l. – Tre Emme Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2023 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I – Con l'appello indicato in epigrafe, l'istante - premesso che aveva partecipato alla gara indetta dal Comune di Messina per l'affidamento del servizio di gestione dei servizi cimiteriali di polizia mortuaria nei 17 cimiteri comunali per 28 mesi e 11 giorni, con il criterio del prezzo più basso, per un importo pari a € 3.135.266,23 – non essendo in possesso dell'attestato SOA in OG1, classifica III e non raggiungendo l'importo del fatturato in servizi cimiteriali, rappresenta di avere partecipato alla gara avvalendosi dell'impresa SIGE s.r.l. e dell'impresa Concordia. A seguito dell'espletamento della procedura, l'istante, risultata prima in graduatoria, era sottoposta a controllo di anomalia, essendo risultata la sua offerta superiore alla soglia di anomalia.

Con nota del 4 luglio 2022, la Cooperativa appellante, pertanto, forniva le giustificazioni del ribasso offerto del 48,11%, precisando di avere un costo della manodopera pari a € 1050.000, ottenuto dalla somma dei singoli costi per ciascuna tipologia di operatore impiegato nella gestione del servizio in oggetto, riportando il dettaglio per ogni lavoratore. In particolare, dichiarava di voler impiegare 15 dipendenti, inquadrati nel CCNL Pompe Funebri, così suddivisi: 10 operatori cimiteriali, 1 autista cimiteriale, 2 amministrativi cimiteriali e 2 operatori pulizie.

Specificava, inoltre, gli ulteriori costi, riguardanti l'appalto (€ 50.000 a titolo di materiale di consumo, € 80.000 a titolo di forniture/attrezzature varie, € 12.000 a titolo di oneri di sicurezza, a cui venivano aggiunti € 178.000 quali spese generali e € 42.777,56 per imprevisti), residuando comunque un utile di impresa pari a € 137.080,00.

Espone che in data 7 luglio 2022, il RUP, con il supporto di tecnici, dopo aver dato atto della trasmissione di tutta la documentazione richiesta, ai fini della

dimostrazione del possesso del requisito di capacità economico – finanziaria, senza instaurare alcun procedimento in contraddittorio con la cooperativa, valutava come non congrua l'offerta da essa presentata, con la seguente motivazione: *“nelle giustificazioni trasmesse, non risulta indicato il costo della manodopera (es. squadra tipo per lavori edili) per l'esecuzione dei predetti lavori a misura (...) il costo della manodopera per lavori a misura non previsto nella giustificazione, ottenuto applicando il ribasso del 48,11% sull'importo di € 311.054,78 risulta pari a circa € 161.406,32 ammettendo che tale ribasso sia congruo. Tale onere inciderebbe sull'utile di impresa (pari a € 137.080,00), azzerandolo e intaccando financo le spese generali (pari a € 178.800,00)”*. Ed ancora, con riferimento ai costi indicati dalla Cooperativa, per materiale di consumo, forniture/attrezzature varie ed oneri di sicurezza, il RUP, concludeva: *“tali costi si ritengono non congruenti, trattandosi di un appalto complesso, peraltro della durata di 28 mesi, che necessita di utilizzo di automezzi per il trasporto delle salme tra il cimitero centrale ed i 16 cimiteri sub urbani con conseguente consumo di carburante, manutenzione dei mezzi e della attrezzature, l'uso materiali edili e di altro genere per le tumulazioni, esumazioni, inumazioni, estumulazioni etc, come meglio descritti nei documenti di gara”*.

Pertanto, l'istante era esclusa ed era formulata proposta di aggiudicazione alla odierna controinteressata con il ribasso del 43,877%. (come risultante da verbale di gara n. 4 dell'8 luglio 2022 e comunicazione dell'8 luglio 2022).

L'odierna appellante proponeva, quindi, istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione disposto nei propri confronti, lamentando la violazione del contraddittorio e dei principi in materia di anomalia dell'offerta, avendo presentato un'offerta del tutto congrua.

Con nota ricevuta in data 1° agosto 2022, a firma del RUP e del Dirigente del Dipartimento dei Servizi Ambientali, tale istanza era rigettata per insussistenza di ulteriori elementi idonei a mutare il giudizio espresso.

Di conseguenza, con il provvedimento d.d. n. 6113 del 15 luglio 2022, gravato, la gara era aggiudicata in via definitiva all'ATI controinteressata.

L'appellante precisa in punto di fatto che:

- il punto II. 1.3) del bando di gara descriveva i servizi sui quali si verte come “*Servizi di tumulazione, estumulazione, inumazione, desumazione, trasporto salme*” ed il capitolato speciale specificava in modo dettagliato l’oggetto dell’appalto, nel senso della “*Gestione dei servizi cimiteriali di polizia mortuaria comprendenti le seguenti operazioni cimiteriali a misura*” (ed in particolare: “*a. tumulazione, b. esumazione, c inumazione, d. estumulazione, e. raccolta, selezionamento e smaltimento dei rifiuti cimiteriali, f. sistemazione salme in cella frigorifera, crematorio o depositi (camere mortuarie) e relativa collocazione dell’adesivo identificativo, g. trasporto e/o traslazione delle salme, dei resti mortali, ceneri; h. trasporto di parti anatomiche riconoscibili, di prodotti del concepimento, di feti, di nati morti, di resti mortali, anche prelievo salma; i. chiusura dei loculi o celle ossuarie che restano vuoti dopo l’estumulazione e la preventiva disinfezione*”);

- ai fini della partecipazione, era richiesto: il possesso, quale capacità economica, finanziaria e tecnica di un “*fatturato minimo, di cui all’art. 83 c.4 lett. a), pari alla media dei migliori tre degli ultimi cinque anni disponibili antecedenti la data di pubblicazione dell’avviso pubblico di gara, almeno pari all’importo di euro 928.227,72 per l’erogazione di servizi cimiteriali di polizia mortuaria (tumulazione, estumulazione, inumazione, esumazione etc)*”; il possesso dell’attestato SOA n OG 1, classifica III.

Evidenza che tale prescrizione era presente nonostante l’appalto non avesse ad oggetto lavori propriamente edili, poiché la stazione appaltante computava come

“*lavori a misura*” attività ricomprese in realtà nelle operazioni di tumulazione ed estumulazione salme (che sarebbero riconducibili ai servizi cimiteriali)

La Pegaso proponeva, quindi, ricorso dinanzi al TAR Catania, che era respinto.

Avverso la sentenza di primo grado, l'appellante propone i motivi di seguito specificati.

1 - In relazione al primo motivo di ricorso, erroneità per contraddittorietà, per carenza dei presupposti, per omessa pronuncia, per violazione degli artt. 95 e 97 del Codice dei contratti, per violazione della *par condicio*, dell'art. 97 della Costituzione, dei principi in materia di anomalia dell'offerta, per eccesso di potere per ingiustizia manifesta, per travisamento del fatto, per difetto di istruttoria e di motivazione e per contraddittorietà e manifesta illogicità.

La sentenza impugnata sarebbe errata, innanzitutto, nelle premesse, non essendo stata censurata, in ricorso, la natura mista dell'appalto indetto dal Comune di Messina, ma il provvedimento di esclusione nei confronti della Pegaso.

Assume l'istante che, in nessuna parte della *lex specialis*, sarebbero previsti lavori di demolizione e ricostruzione di edifici, quali cappelle o loculi, intendendo gli atti di gara per lavori edili le attività connesse alla tumulazione, quali la collocazione di lastre di calcestruzzo o all'esumazione, quale lo scavo della fossa.

Si tratterebbe, dunque, di attività che possono essere eseguite dagli operai di V livello previsti dalla appellante ed inquadrati nel CCNL pompe funebri, secondo quanto previsto dall'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale deve essere “*applicato il 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'.

2 - Sul secondo motivo di ricorso di primo grado, omessa pronuncia, violazione del contraddittorio, della *lex specialis*, violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del Codice dei contratti e dell'art. 97 Costituzione, difetto di istruttoria e di motivazione, violazione del principio di proporzionalità, del *favor participationis*, dei principi comunitari e nazionali della concorrenza, dell'imparzialità, della *par condicio* e della trasparenza, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta, illogicità ed irragionevolezza, difetto di motivazione e difetto di istruttoria.

Con memoria il Comune, costituitosi per resistere, deduce che:

l'appellante avrebbe modificato in appello il *petitum* formulato in primo grado; sarebbe insuperabilità il rilievo principale addotto dalla S.A. nella relazione di verifica delle giustificazioni, laddove si chiariva che l'offerta della originaria ricorrente non sarebbe in alcun modo affidabile per avere del tutto ignorato, in sede di calcolo dei costi della manodopera; a fronte del fatto che le lavorazioni edili ammontano a oltre 760.000,00 euro e incidono sull'appalto per oltre il 40% dei costi complessivi della manodopera, la ditta odierna appellante non aveva previsto l'utilizzo di alcun dipendente avente le qualificazioni necessarie per l'effettuazione dei lavori edili previsti dal capitolato; non sarebbe seriamente sostenibile che i dipendenti di cui si avvarrebbe l'odierna appellante, tutti sottoposti al mansionario del CCNL imprese funebri, poiché nelle mansioni del personale soggetto al predetto CCNL non si annovera l'esecuzione di lavori edili;

ricorda a riguardo che l'art.1 del vigente CCNL imprese funebri (rubricato "*Campo di applicazione*") dispone: "*1- Il presente contratto collettivo nazionale di lavoro disciplina in maniera unitaria, per tutto il territorio nazionale, i rapporti di lavoro tra le Imprese esercenti l'attività funebre - che ricomprende il disbrigo delle pratiche amministrative, la vendita di articoli funebri e il trasporto funebre, in occasione di un decesso - e tutto il personale dipendente d'ambo i sessi*".

L'Amministrazione, dunque, chiede dichiararsi l'inammissibilità dell'appello, altresì, invocando il limite del sindacato sul giudizio di anomalia svolto dalla stazione appaltante.

In ogni caso, l'appello sarebbe infondato, in quanto, nella specie, si tratterebbe di un appalto di tipo misto (servizi e lavori) – come specificato nelle difese del primo grado di giudizio - e pertanto, ai sensi dell'art. 28, co. 1, ultimo periodo del d.lgs. n. 50/2016, "*l'operatore economico*" avrebbe dovuto "*possedere i requisiti di qualificazione e capacità ... per ciascuna prestazione di lavori, servizi, ... prevista dal contratto*" (in terminis, invoca Consiglio di Stato, Sez. V del 13 luglio 2020 n. 4501).

La Stazione appaltante, in particolare, aveva individuato e quantificato i lavori che rientrano nella categoria OG1 (attinenti alla manutenzione o alla ristrutturazione di interventi di edilizia occorrenti per svolgere una qualsiasi attività umana, diretta o indiretta, completi delle necessarie strutture, impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici e finiture di qualsiasi tipo nonché delle eventuali opere connesse, complementari e accessori) con riferimento ai seguenti lavori:

- lavorazioni di manutenzione di opere connesse, complementari e accessorie alle tombe;
- lavorazioni di tumulazioni di feretro in tumulo a terra;
- chiusura tumulo a tenuta idraulica stagna;

- chiusura loculi vuoti dopo estumulazione.

Per tali motivazioni, aveva fatto espresso riferimento alla predetta categoria negli elaborati di gara, quali il computo dei lavori, il bando di gara, in relazione alla capacità economica, finanziaria e tecnica, nell'analisi dei prezzi.

Evidenzia che l'operatore economico odierno appellante ha partecipato alla gara, aderendo a quanto espressamente previsto dal bando di gara e dalla documentazione progettuale, e stipulando due contratti di avvalimento, di cui uno per il fatturato nei Servizi di Polizia Mortuaria e uno per il requisito richiesto relativo alla richiesta categoria OG1 classe III, accettando, espressamente, tutte le clausole contenute nella *lex specialis*.

Esponde – quanto all'avvalimento, che nella specie sarebbe tecnico - vi sarebbe una mera elencazione delle attrezzature, dei mezzi d'opera e dell'equipaggiamento tecnico che la società ausiliaria metteva a disposizione della società ausiliata, senza di fatto indicare dettagliatamente quali siano i lavori che la stessa ausiliaria dovrebbe svolgere, come già evidenziato nella nota prot. n.193824 dell'1 agosto 2022.

Ciò troverebbe conferma nelle stesse dichiarazioni della appellante che, a pag. 9 del ricorso, sul costo della manodopera, affermava che non avrebbe utilizzato le risorse dell'ausiliaria, in quanto le operazioni richieste sarebbero rientrate – a suo dire – in quelle cimiteriali.

Inoltre, alla pag. 14 e 15 del ricorso introduttivo, ove menzionava solo i costi per l'avvalimento pari a € 6.355,33, precisando che i costi dei mezzi, del personale e di tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, avrebbero dovuto essere riconosciuti, a valore di mercato, a favore della ditta ausiliaria; essi dunque non erano indicati nella giustificazione.

Sicché l'Amministrazione ribadisce che non sarebbero stati indicati nelle giustificazioni i costi per il personale inquadrato nel settore costruzioni di edifici residenziali e non residenziali, ma soltanto quelli del settore servizi pompe funebri e attività connesse, come invece espressamente richiesto dal bando di gara.

Altro elemento carente di giustificiche, sarebbe la mancata indicazione dei mezzi da utilizzare per il trasporto delle salme (furgone trasporto salme) dal cimitero centrale ai 16 cimiteri suburbani; infatti, tali mezzi non risulterebbero fra quelli in dotazione alla società Pegaso.

A tale mancanza si sarebbe dovuto sopperire con il costo (notevole) del noleggio di più mezzi e degli autisti, anche nello stesso giorno e, conseguentemente, indicarlo come costo analitico nelle giustificazioni del ribasso offerto.

Sul secondo motivo di appello, precisa che nessuna disposizione normativa imporrebbe al responsabile del procedimento, che ha già richiesto le giustificazioni alla ditta interessata, di assegnare un ulteriore termine al ricorrente per integrare o chiarire le deduzioni anteriormente presentate, né per una eventuale convocazione.

Ne conseguirebbe l'infondatezza della domanda risarcitoria.

Si è costituita altresì per resistere l'ATI controinteressata in data 5 aprile 2023 che ha contestato quanto dedotto in appello, richiamando la propria impugnazione incidentale di primo grado pur non avendo incidentalmente impugnato la stessa né riproposto alcun motivo assorbito.

All'udienza di discussione del 19 luglio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

II – In via preliminare, il Collegio evidenzia che non appare supportata l'eccezione di inammissibilità del gravame articolata dall'appellata amministrazione quanto alla modifica delle censure. Infatti, nella fattispecie oggetto di esame, l'appellante non ha inteso censurare la necessità della doppia qualificazione, seppure nella sua

impostazione sarebbe ‘sovrabbondante’, ma ha rivolto le censure al giudizio di anomalia quanto al CCNL applicabile e al costo di manodopera in assenza di lavori precipuamente edili.

III – Tuttavia, proprio alla luce di siffatta considerazione, l’appello risulta infondato, per mancata impugnazione delle regole della gara, che l’operatore ha espressamente accettato, quanto all’inquadramento delle prestazioni, catalogate in atti dalla stazione appaltante in termini di “lavori”, con conseguenti effetti sui requisiti di partecipazione alla gara.

La stazione appaltante, peraltro, come evidenziato dal primo giudice, aveva indicato espressamente l’importo dei lavori, a misura, pari a complessivi € 762.631,55, che si riferiscono evidentemente ai lavori come specificati nella legge di gara.

La Cooperativa sociale, che non si occupa di attività edile, ma di servizi cimiteriali ha scelto di applicare il CCNL, che suo dire, aveva l’ambito di applicazione maggiormente connesso con l’attività oggetto dell’appalto e, pur avendo fatto ricorso all’avvalimento, non ha indicato le prestazioni ed i mezzi dell’impresa ausiliaria che avrebbe utilizzato.

Alla luce di siffatte considerazioni, la formulazione dell’offerta in violazione delle regole della gara non gravate, assume essa stessa valenza di effetto distorsivo della concorrenza.

La partecipazione alla gara, in un’ipotesi del genere, non può che considerarsi acquiescenza alla legge di gara, non essendo l’impugnazione stata proposta neppure all’esito della procedura, come del resto ribadito nelle stesse difese dell’appellante.

Più in particolare, si osserva che l’appellante fa presente quanto segue: *“La cooperativa Pegaso, in sede di presentazione dell’offerta, ha indicato, quale costo della manodopera, il costo di tutto il personale necessario per eseguire l’appalto, comprendendovi tutte le attività, anche quelle*

qualificate come lavori edili da parte dell'amministrazione. La cooperativa Pegaso ha ritenuto, in base alla propria organizzazione imprenditoriale, di poter impiegare nell'appalto de quo un numero di dipendenti pari a 15, comprensivi anche degli operai che svolgano i servizi cimiteriali a misura, o lavori edili come vengono definiti dall'amministrazione".

Anche dall'articolazione del motivo si evince che l'appellante non ha correttamente inteso l'oggetto dell'appalto in gara; ma anche se si dovesse accedere ad una valutazione per cui vi siano elementi di ambiguità nella *lex specialis* (nel senso che bando e disciplinare non darebbero compiutamente conto della natura mista, che emerge invece dalla relazione, dal quadro economico e dagli ulteriori documenti) ogni rilievo è sul punto precluso in quanto la *lex specialis* non è stata impugnata in parte qua. Non solo. V'è di più: con il ricorso in appello Pegaso afferma "*non essendo stata censurata, in ricorso, la natura mista dell'appalto indetto dal Comune di Messina*".

Dalla relazione illustrativa risulta che l'oggetto dell'appalto è composto da tre parti.

- operazioni cimiteriali a misura € 1.848.910,83;
- servizi a canone € 376.812,92
- lavori € 762.631,55

Totale € 2.988.355,30

Da quanto esposto consegue che vi sono quindi dei lavori (edili), sempre compensati a misura, che non sono ricompresi nelle altre attività compensate a misura (né ovviamente in quelle remunerate a canone). La stazione appaltante ha affermato che essi "incidono sull'appalto per oltre il 40% dei costi complessivi della manodopera". Che vi siano lavori edili non ricompresi nelle altre attività compensate a misura e a canone, risulta anche dal confronto fra l'analisi dei prezzi e il computo dei servizi a misura, laddove si evince che vi sono lavori che non sono compresi nelle operazioni a misura (e neppure nei servizi a canone).

Essi sono appunto i lavori di cui alla terza tipologia di attività indicata nella relazione illustrativa.

IV - Ancora, non trova giustificazione, la valutazione in ordine all' *“utilizzo di automezzi per il trasporto delle salme tra il cimitero centrale ed i 16 cimiteri sub urbani con conseguente consumo di carburante, manutenzione dei mezzi e delle attrezzature, l'uso materiali edili e di altro genere per le tumulazioni, esumazioni, inumazione, estumulazione”*.

V – Alla luce della molteplicità degli elementi di valutazione circa l'attendibilità dell'offerta dell'appellante, peraltro, deve farsi ricorso al costante orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia di verifica di anomalia dell'offerta e sindacabilità alla luce del quale la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (*ex multis*, Cons. di Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620).

Tale valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti, evenienze tutte che non si ravvisano nel caso di specie, con riferimento alle specifiche voci oggetto di contestazione nel primo motivo di appello.

Non rileva, infatti, la diversità del calcolo circa la differenza di costo, in ragione della pluralità degli elementi tenuti in considerazione.

Ne deriva che le valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta superano l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, proprie del presente sindacato.

Più in particolare, può considerarsi quanto segue:

- nella relazione e nel computo sono previsti lavori edili di importo pari ad € 762.631,55, così come riportato nell'estratto di computo metrico;
- nel bando, al punto III.1.2.2) "*Capacità economica, finanziaria e tecnica*", è richiesta l'attestazione SOA OG1 Classifica III;
- nell'analisi dei prezzi si prevede l'impiego di manodopera appartenente al settore edile (operaio comune, operaio qualificato) oltre ai materiali come tavelloni e materiali di consumo (cemento, sabbia, ecc.).

La stazione appaltante ha ritenuto non congrua l'offerta del costo della manodopera complessivamente determinato in € 1.050.000,00 a cagione della non coerenza dei costi indicati dall'appellante nelle giustificazioni del 4 luglio 2022, determinati dall'utilizzazione di 10 "*operatori generici*", 1 autista, 2 amministrativi cimiteriali e 2 addetti alle pulizie (tutti inquadrati nel CCNL pompe funebri) e dalla mancata previsione di costi per operatori edili per la realizzazione dei "*lavori a misura*" previsti dagli atti di gara che ove considerata avrebbe determinato - applicando il medesimo ribasso percentuale offerto dalla ricorrente- un ulteriore costo di € 161.406,32, che avrebbe azzerato del tutto l'utile d'impresa intaccando altresì anche parte delle spese generali.

Detta ragione dell'esclusione è coerente con la *lex specialis* (e del resto, si torna a ripetere, l'appellante ha dichiarato di non contestare la natura mista dell'appalto).

Essa è stata censurata dall'appellante con riferimento al fatto che rientrerebbe nella libera scelta dall'offerente l'individuazione del ccnl da applicare: ma qui il tema che si pone a monte riguarda la mancata determinazione del costo della manodopera necessaria per svolgere detti lavori (edili), che risulta evidentemente non superabile dalla prevista utilizzazione di 10 "*operatori generici*", 1 autista, 2 amministrativi

cimiteriali e 2 addetti alle pulizie (tutti inquadrati nel CCNL pompe funebri), dedicati allo svolgimento delle altre attività.

Allorquando l'appellante afferma che *“La cooperativa Pegaso ha ritenuto, in base alla propria organizzazione imprenditoriale, di poter impiegare nell'appalto de quo un numero di dipendenti pari a 15, comprensivi anche degli operai che svolgano i servizi cimiteriali a misura, o lavori edili come vengono definiti dall'amministrazione”*, risulta evidentemente non avere tenuto in debita considerazione che i servizi cimiteriali a misura non coincidono con i lavori edili (le due attività piuttosto si sommano); e pertanto risulta evidente che i 15 lavoratori previsti siano stati computati ritenendo che oltre i servizi a misura e quelli a canone non vi fossero altre attività da espletare, laddove residuano (e non sono appunto stati giustificati, quanto ai costi) i lavori a misura.

L'offerta è stata redatta non considerando un'attività equivalente a quasi il 25% dell'appalto può quindi legittimamente dubitarsi della congruità dell'offerta nel suo complesso.

Non è quindi sostenibile la tesi dell'appellante in base alla quale *“anche a voler ritenere che fosse necessario assumere operai edili, il relativo costo non sarebbe stato quello di 161.406,32, ma la differenza tra i due inquadramenti. Non si tratta, infatti, di prevedere operai in più, ma di inquadrare diversamente quelli già conteggiati dalla Cooperativa Pegaso”*: se i dieci operai sono stati computati per svolgere servizi altri rispetto ai lavori edili, e dovendo presumersi – ovviamente- che un'impresa non si avvalga di forza lavoro non necessaria, sono necessari ulteriori lavoratori per svolgere l'attività non conteggiata nell'offerta, e l'intero costo deve essere compreso nell'offerta.

L'articolazione della censura risulta, quindi, infondata.

Neppure è meritevole di accoglimento l'argomentazione riguardante gli altri costi indicati dalla Pegaso per materiali e attrezzature.

Rispetto ad essi il rup ha affermato che *“l’o.e. indica in maniera forfettaria, senza alcuna descrizione analitica, il consumo dei materiali, le forniture/ attrezzature varie e gli oneri di sicurezza aziendali esplicitando costi arrotondati, rispettivamente pari a € 50.000, € 80.000 ed € 12.000. Tali costi si ritengono incongruenti, trattandosi di un appalto complesso, peraltro della durata di 28 mesi, che necessita di utilizzo di automezzi per il trasporto delle salme tra il cimitero centrale ed i 16 cimiteri sub urbani con conseguente consumo di carburante, manutenzione dei mezzi e delle attrezzature, l’uso materiali edili e di altro genere per le tumulazioni, esumazioni, inumazione, estumulazione”*.

Secondo l’appellante si tratterebbe *“di un’affermazione generica, non essendo stato dimostrato che i costi indicati dalla Pegaso non sono idonei a coprire il carburante, la manutenzione e l’uso dei materiali”*.

Ma l’obbligo di motivazione della stazione appaltante in caso di valutazione di non congruità dell’offerta non sposta l’onere di comprovare la congruità dell’offerta, che permane in capo all’impresa, anche in ragione del principio di vicinanza della prova. Sicché se l’impresa non comprova la congruità dei costi esposti la stazione appaltante motiva in modo sufficiente se dà conto di detta circostanza.

Nel caso di specie la mancata comprova della congruità dei costi emerge dalla necessità di gestire lavori e servizi in 17 cimiteri sparsi nel territorio comunale.

Particolarmente rilevante appare in tale contesto la carenza di giustificazioni rispetto alla mancata indicazione dei mezzi da utilizzare per il trasporto delle salme dal cimitero centrale ai 16 cimiteri suburbani, (costi che era onere dell’impresa evidenziare in modo adeguato e attendibile).

Nel caso di specie, ed alla luce di ciò che si è prima evidenziato sotto un profilo più generale, la formulazione dell’offerta e il tenore dei giustificativi, in quanto evidentemente formulati non considerando una parte assolutamente non modesta,

ed anzi assai rilevante dell'oggetto dell'appalto, sorreggono adeguatamente la decisione di non congruità resa dall'Amministrazione.

VI – Da ultimo, non ha fondamento normativo, l'auspicato rinnovo del contraddittorio, che appare rispettato dalla richiesta di giustificazioni: invero, come è noto, il procedimento di valutazione di anomalia è scandito nella richiesta di giustificazioni e nella risposta del candidato. E tanto è sufficiente a dichiararne l'immunità da mende.; ulteriori interlocuzioni sono solo eventuali, considerata anche la generale necessità di accelerazione che caratterizza la procedura d'appalto.

Nel caso di specie è stato anche dato corso all'istanza di autotutela, riesaminando il caso (procedimento non dovuto, neppure in caso di istanza di parte) e pertanto la censura sembra, oltre che infondata, anche ingenerosa.

VII – Per tutto quanto ritenuto, l'appello deve essere respinto e tanto esaurisce il compito del Collegio .

VIII – Le spese del presente grado di giudizio son poste a carico dell'appellante in ragione della soccombenza e sono determinate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che sono determinate in complessivi euro 3000,00 (tremila/00) a favore dell'Amministrazione appellata e 3000,00 (tremila/00) a favore della ATI controinteressata, oltre spese accessorie se dovute.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Antimo Prospero, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO