

N. 00858/2016 REG.PROV.COLL.  
N. 00384/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, numero di registro generale 384 del 2016, proposto da:

Icmq S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Elvira Poscio, Sergio Colombo e Nicola Salvi, domiciliata d'ufficio, ai fini del presente giudizio, presso segreteria T.A.R.;

*contro*

Arcadis - Agenzia Regionale Campania Difesa Suolo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura dello Stato, pure per legge domiciliata presso la sua sede in Salerno, corso Vittorio Emanuele, n. 58;

*nei confronti di*

Rina Chek S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angela Ferrara e Roberto Damonte,

con domicilio eletto presso lo studio della prima in Salerno, Via A. Nifo, n. 2;

*per l'annullamento*

(ricorso introduttivo)

- della nota via PEC dell'08.11.2015, con la quale Arcadis Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo ha trasmesso alla ricorrente il Verbale della seduta pubblica del 29.10.2015 e il Verbale di chiusura esame giustificativi offerte anormalmente basse del 23.10.2015 e ha comunicato l'esclusione di ICMQ s.p.a. dalla gara;
- del Verbale della seduta pubblica del 29.10.2015;
- della deliberazione del 23 ottobre 2015, Verbale di chiusura esame giustificativi offerte anormalmente basse ex art. 88 del D.Lgs. 163/2006, comunicata alla ricorrente nella seduta pubblica del 28 ottobre 2015, con la quale è stata dichiarata “*NON ATTENDIBILE E NON AFFIDABILE*” l’offerta ICMQ e “*ATTENDIBILE E AFFIDABILE*” l’offerta della seconda classificata RINA CHECK s.r.l. inerenti la procedura aperta per l’affidamento del servizio di verifica finalizzata alla validazione del progetto definitivo da porre a base di gara e del progetto esecutivo redatto dall’appaltatore relativo al Grande Progetto – Completamento della riqualificazione e recupero del Fiume Sarno – Lotto n. 1 e Lotto n. 2;
- di ogni atto presupposto, precedente, conseguente e connesso, anche non conosciuto, e in particolare della delibera di affidamento provvisorio, o definitivo, della gara alla RINA CHECK s.r.l.

Nonché

Per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, con diritto al subentro della ricorrente;  
e, in subordine, per la condanna

della stazione appaltante al risarcimento dei danni per equivalente, nella misura che risulterà congrua nel corso del giudizio.

(motivi aggiunti)

- della determinazione del Direttore Generale di Arcadis n. 531 del 1.12.2015, comunicata in data 3.12.2015, con la quale è stata approvata l'aggiudicazione provvisoria e deliberata l'aggiudicazione definitiva;

- di ogni atto presupposto, precedente, conseguente e connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arcadis - Agenzia Regionale Campania Difesa Suolo e di Rina Chek S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2016 il dott. Giovanni Sabato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ricorso in riassunzione, integrato da motivi aggiunti, depositato prima presso la sede capoluogo, quindi presso questa Sezione staccata, dove il Collegio – inizialmente investito della questione – ha ritenuto doversi decidere il ricorso, in data 26 febbraio 2016 – previa notifica del 17 febbraio – la società ICMQ s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa come in atti, impugna il provvedimento con il quale Arcadis Agenzia Regionale per lo Sviluppo l'ha esclusa dalla gara, indetta per l'affidamento del

servizio di verifica finalizzata alla validazione del progetto definitivo e del progetto esecutivo relativo al Grande Progetto – completamento della riqualificazione e recupero del Fiume Sarno. Tale impugnata determinazione escludente è stata assunta all'esito dell'istruttoria delle offerte anomale, ove l'offerta di ICMQ è stata dichiarata "*NON ATTENDIBILE e NON AFFIDABILE*", mentre l'offerta della controinteressata, risultata aggiudicataria, è stata invece ritenuta sufficientemente giustificata.

A sostegno del gravame, la ricorrente articola le seguenti censure:

- violazione e falsa applicazione degli articoli 86, 87 e 88 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà manifesta della motivazione.

La ricorrente, evidenziato che la Committente ha contestato i giustificativi sia sotto il profilo sostanziale (assumendo che le ore previste da ICMQ per lo svolgimento del servizio sarebbero inferiori di circa otto volte quelle previste) che formale (le giustificazioni sarebbero "*generiche, non supportate da oggettiva giustificazione*") lamenta, innanzitutto, che il numero di ore necessario all'espletamento del servizio sarebbe ben inferiore rispetto a quello ipotizzato nel provvedimento impugnato (2.336 ore complessive indicate da ICMQ x 8 = 18.688), come può desumersi dall'importo a base di gara (€ 604.000) e dal numero (sette) delle figure professionali previste dal Disciplinare (art. 3); il ribasso offerto sarebbe altresì rispondente sia alla realtà aziendale che di mercato. Inoltre, dal parimenti valorizzato lato formale, si evidenzia che l'offerta della ICMQ sarebbe conforme ai costi unitari del lavoro previsti dalle tariffe professionali vigenti nonché alla percentuale (13 %) normativamente prevista per le spese generali. La ricorrente avrebbe, inoltre, attestato la propria esperienza

già in sede di gara e pertanto non in maniera generica, come opinato dalla stazione appaltante. Conclude, quindi, per l'accoglimento del ricorso e la conseguente riammissione in gara.

Con i motivi aggiunti impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva, reso in favore della controinteressata RINA CHECK s.r.l. adducendo, oltre al vizio di invalidità derivata dalle censure sopra articolate, l'illegittimità per vizi propri, in quanto l'aggiudicataria non avrebbe attestato il possesso dei servizi analoghi, trattandosi di attività svolte in una classe e categoria diverse da quelle richieste dalla *lex specialis* di gara.

Si costituiscono sia la difesa erariale che la controinteressata al fine di opporre l'infondatezza delle articolate censure. La seconda deposita, altresì, in data 11 marzo 2016, ricorso incidentale per l'annullamento *“dei Verbali di gara di Arcadis datati 1 aprile 2015; 5 agosto 2015; 8 settembre 2015; 23 ottobre 2015; 29 ottobre 2015 e 31 ottobre 2015 in parte qua in relazione a quanto infra dedotto Nonché di ogni altro atto precedente e/o presupposto, conseguente e/o connesso, nessuno escluso a mezzo del quale Arcadis ha disposto l'ammissione di ICMQ s.p.a. alla procedura ad evidenza pubblica di cui è causa tra i quali segnatamente in parte qua la Determinazione del Direttore Generale n. 531 del 1 dicembre 2015 e, per quanto occorrer possa, di tutti gli atti impugnati con il ricorso principale”*. A sostegno del gravame, la ricorrente assume che l'offerta della ricorrente in via principale sarebbe inammissibile e pertanto meritevole di esclusione dalla gara, per i seguenti motivi:

1. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 46, 47, 48 e 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010 anche in relazione alla Determinazione dell'AVCP 1/8/2012 n. 2, nonché della Sezione VI – Avvalimento del disciplinare di gara. Eccesso di potere

per erronea valutazione dei requisiti tecnici e quindi difetto di istruttoria, difetto di presupposto, travisamento di fatti. Violazione dei principi di *par condicio* tra i concorrenti e parità di trattamento, di trasparenza e correttezza dell'azione della Pubblica Amministrazione;

2. stesse censure di cui al punto che precede. Conclude per l'accoglimento del gravame incidentale ed il risarcimento del danno patito.

Con ordinanza n. 773/2016 dell'11/02/2016, la sede capoluogo del TAR Campania si dichiara incompetente in favore di questa Sezione staccata.

Alla camera di consiglio del 15 dicembre 2016, sentite le parti, sussistendone i presupposti di legge, la causa è trattenuta in decisione semplificata.

Motivi della decisione.

Ai fini dell'*ordo procedendi*, rileva il Collegio che, secondo costante orientamento giurisprudenziale (da ultimo, T.A.R. Bari, sez. I, 10 febbraio 2016, n. 141), in presenza di un ricorso principale manifestamente infondato, è possibile procedere all'esame prioritario dello stesso, pur a fronte della proposizione, da parte del controinteressato, di un ricorso incidentale – del quale peraltro se ne lamenta la tardività – avente contenuto "paralizzante". A diverse conclusioni non è dato pervenire alla luce della circostanza che (v. verbale di gara del 29.10.2015) due sole imprese sono state definitivamente ammesse alla selezione. Come ormai definitivamente chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9), nelle controversie aventi a oggetto procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici, il ricorso incidentale c.d. escludente (che mira, cioè, a ottenere l'accertamento della doverosità

dell'esclusione dalla procedura della ricorrente e che, comporta, ove accolto, la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso principale) deve essere esaminato prima di quello principale e l'esame incrociato deve essere ammesso nella sola ipotesi in cui nella procedura sono state presentate solo due offerte e i vizi reciprocamente dedotti nel ricorso principale e in quello incidentale attengono alla medesima fase procedimentale e afferiscono alla stessa categoria, tra quelle catalogate nella richiamata decisione. Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, quindi, deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale escludente che sollevi cioè un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione: ciò ad eccezione dell'ipotesi in cui siano rimasti in gara solo due concorrenti e le rispettive offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale (C.d.S. n. 3951 e 3615 del 2015). Orbene, non solo, come detto, residua comunque la possibilità di esame prioritario del ricorso principale, pur in presenza di ricorso incidentale escludente, quando questo sia irricevibile, inammissibile o anche, come nel caso di specie, manifestamente infondato, ma l'esame incrociato delle contrapposte censure postula innanzitutto che il ricorso sottenda un interesse residuale a nuove *chances* di aggiudicazione, in caso di rinnovazione della procedura di gara, interesse che la società ricorrente non ha evidenziato. Occorre, inoltre, che le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale e devono, in particolare, ritenersi afferenti alla medesima fase i vizi

ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara); b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione); c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza). Sono, quindi, identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la consequenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria. E questo perché se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata. In sostanza il principio di parità delle armi, affermato dalla giurisprudenza comunitaria, fa sì che nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l'asimmetria di origine

procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno. Ordunque, la circostanza non ricorre nel caso di specie, perché i rilievi rispettivamente sollevati attengono a due fasi distinti della procedura di gara, l'una relativa alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, l'altra al giudizio di anomalia dell'offerta.

Transitando, quindi, al merito delle censure articolate con il ricorso principale al fine di contestare il giudizio di anomalia, queste risultano infondate, per le seguenti ragioni:

- va menzionato. Al fine di circoscrivere il perimetro nel quale può muoversi il sindacato di questo giudice, il costante orientamento giurisprudenziale, secondo cui *“Nelle gare pubbliche il giudizio, che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'Amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto e il giudizio conclusivo ha natura globale e sintetico sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032);
- il notevole scostamento del monte ore previsto dalla ricorrente principale per l'espletamento del servizio rispetto a quello ricavabile dall'importo a base di gara permane anche a voler utilizzare i criteri di calcolo propugnati in ricorso;
- l'art. 3 del *“Disciplinare per l'incarico di verifica...”* prevede che *“l'affidatario dovrà avvalersi di un gruppo di lavoro costituito almeno da...”* e pertanto utilizza una formula generica che non esclude la possibilità

di utilizzare un numero di figure professionali anche largamente superiore;

- l'importo delle spese generali, secondo la percentuale del 13 % indicata dalla società ricorrente, sarebbe di gran luogo superiore a quello preventivato, avendo riguardo all'importo dell'appalto, pari a € 604.000, in assenza di giustificativi al riguardo;

- il riferimento a ribassi superiori (94,025 %) praticati dalla ricorrente in altre gare non può inficiare il giudizio della stazione appaltante espresso secondo le peculiari e specifiche esigenze sottese alla procedura indetta dalla stessa;

- i rilievi sollevati con il primo motivo aggiunto, avverso lo sfavorevole giudizio di anomalia risultano tardivamente proposti, tenuto conto della data dell'8 novembre 2015 in cui, per stessa ammissione di parte, ha avuto luogo la conoscenza del provvedimento escludente.

Tanto premesso, il ricorso principale va respinto siccome del tutto infondato.

I motivi aggiunti sono inammissibili o perché tardivi o perché non assistiti dal necessario profilo di interesse, non avendo la ricorrente principale alcuna legittimazione a contestare l'esito della gara dalla quale è stata legittimamente esclusa.

Il ricorso incidentale è improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse a ricorrere, atteso lo sfavorevole esito dei gravami proposti dalla ricorrente principale.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 384/2016, e relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti da Icmq S.p.A., così decide:

- respinge il ricorso principale proposto da Icmq, come da motivazione;
- dichiara i motivi aggiunti al ricorso principale inammissibili;
- dichiara il ricorso incidentale, proposto da Rina Check improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Condanna la società ricorrente Icmq S.p.A. al rimborso, in favore delle parti resistenti, delle spese di lite, che liquida in complessivi € 1500,00 cadauno, oltre IVA, CPA e spese generali come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/04/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

