

Rimodulazione delle singole voci di costo in sede di giustificazioni dell'anomalia.

di Anna Carella

Data di pubblicazione: 1-12-2012

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza 30 novembre 2012, n. 6117
Presidente Branca - Estensore Bianchi

In sede di giustificazioni dell'offerta anomala, la possibilità di un aggiustamento delle singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative comportanti una riduzione dei costi, postula quale presupposto indefettibile la serietà e la consapevolezza dell'offerta presentata, che deve essere sempre rapportata ad una valutazione obiettiva del rapporto costi – benefici, e non artificialmente predisposta al fine di preconstituirsì un margine di azione da utilizzare in sede di giustificazioni ed in vista dell'aggiudicazione. Ciò significa che la compensazione di eventuali costi sovra e sottodimensionati in sede di offerta e riferibili alla medesima categoria potrebbe avvenire solo allorquando, in presenza di un'offerta necessariamente ancorata al rigido parametro costi – benefici, per ragioni indipendenti dalla volontà dell'offerente si vengano a creare situazioni attive e passive potenzialmente idonee a divenir oggetto di compensazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9587 del 2011, proposto da: Impresa Magno Antonio Quale Impresa Mandataria della Costituenda Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani, Alfredo Caggiula, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone 78 (St.Bdl); Ati - Betonbit Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Caggiula, Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone 78 (St.Bdl);

contro

Provincia di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Giovanna Capoccia, con domicilio eletto presso Maria Antonietta Capone in Roma, via Giuseppe Donati 115c/O F.Rosci; Dielle Srl in proprio e quale Mandataria Capogruppo dell'Ati Dielle/F.Li Centonze & C. Sas, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma della sentenza del t.a.r. puglia - sez. staccata di lecce: sezione iii n. 01859/2011, resa tra le parti, concernente appalto lavori di "allargamento e rettifica della sp n. 131 lecce-torre chianca – ii° lotto" -

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Lecce e di Dielle Srl in proprio e quale Mandataria Capogruppo dell'Ati Dielle/F.Li Centonze & C. Sas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani e Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando in data 24.02.2010, la Provincia di Lecce ha indetto una gara per l'appalto dei "lavori di allargamento e rettifica della S.P. n. 131 Lecce – Torre Chianca per via Quattro Finite – Il Lotto".

All'esito della selezione la graduatoria è risultata: 1) A.T.I. Magno Antonio – Betonbit s.r.l. con un ribasso del 51,025%, 2) Impresa Chirulli con un ribasso del 48,534% 3) A.T.I. Dielle s.r.l. - Centonze con un ribasso del 43,299%.

In data 26.04.2010, l'Amministrazione provinciale ha avviato le operazioni di analisi e verifica delle giustificazioni delle prime classificate.

In esito a tali verifiche, con determina dirigenziale del 04.02.2011, la Provincia di Lecce ha giudicato anomalo il prezzo offerto dalle prime due classificate e con successiva determina ha disposto l'esclusione delle relative offerte.

Avverso tali provvedimenti, l'A.T.I. Magno – Betonbit ha proposto ricorso avanti al T.A.R. Lecce, formulando due motivi di impugnazione.

Con ricorso incidentale in , l'A.T.I. Dielle ha impugnato gli atti con i quali è stato omesso di escludere l'A.T.I. Magno per ulteriori profili.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Lecce, che ha argomentato a sostegno della legittimità del proprio operare.

Con sentenza n. 1859 del 13 ottobre 2011, il T.A.R. ha respinto il ricorso principale in quanto manifestamente infondato, con ciò prescindendo dall'esame di quello incidentale.

Avverso la predetta sentenza, l'A.T.I. Magno ha interposto l'odierno appello chiedendone l'integrale riforma.

Con distinte memorie si sono costituite in giudizio la Provincia di Lecce, che ha domandato il rigetto dell'appello, e l'A.T.I. Dielle.

Quest'ultima, oltre ad argomentare in ordine alla correttezza della sentenza impugnata, ha riproposto i motivi di gravame già formulati in prime cure con il ricorso incidentale e risultati assorbiti nella pronuncia di rigetto del gravame principale.

Alla pubblica udienza dell'8 maggio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. L'A.T.I. Magno lamenta l'erroneità della sentenza impugnata sotto due distinti profili: il primo relativo all'omesso riconoscimento della possibilità di compensare tra loro "voci di costo" negative e positive comunque riferibili alla stessa categoria di beni ed il secondo relativo alla ritenuta insindacabilità del giudizio espresso dalla Commissione di gara in ordine alla valutazione di anomalia dell'offerta.

3. Quanto al primo profilo, l'appellante assume di aver formulato un'offerta sottodimensionata per il conglomerato bituminoso, in quanto riferita al materiale allo stato "sciolto" e non a quello "compattato", necessario per la realizzazione dell'opera a regola d'arte che, stante la variazione di volume tra i due stati, avrebbe determinato un incremento delle quantità richieste e dei conseguenti costi.

Analogo discorso varrebbe anche per la fornitura degli inerti (tufina e misto stabilizzato), sottodimensionati rispetto al reale fabbisogno.

Secondo l'appellante, l'incontestato incremento dei costi avrebbe tuttavia trovato capienza nel prezzo indicato nelle giustificazioni per il totale della categoria "conglomerati bituminosi", grazie ad una differenza derivata da un "surplus di utile" riferibile ad altre voci di costo della stessa categoria, che avrebbe consentito di mantenere invariato il prezzo complessivamente offerto alle categorie "conglomerati bituminosi" e "movimenti di materia".

A suo dire, quindi, sarebbe ammissibile l'aggiustamento di singole voci di costo, fermo restando l'invarianza dell'offerta nel suo complesso, quando ciò si fondi su sopravvenienze di fatto o normative, tali da comportare una riduzione di costi.

E tali sopravvenienze sarebbero derivate dall'andamento del mercato e dalle particolari condizioni di vantaggio in cui si trovava ad operare l'appellante (cfr. pag. 6 appello).

Erroneamente, pertanto, il primo giudice non avrebbe riconosciuto la possibilità di effettuare detta compensazione.

3.1 L'assunto non può essere condiviso.

Nel caso di specie invero, come correttamente osservato dal Tar, dall'esame delle giustificazioni formulate dall'A.T.I. Magno risulta che **questa non abbia operato una rimodulazione delle voci di costi alla luce di sopravvenienze in corso di gara, ma più semplicemente si sia precostituita, volontariamente ed al solo fine di poter "coprire" eventuali e diverse carenze nell'offerta, un margine di operatività, prevedendo un sovradimensionamento (surplus) di alcune voci di costo da utilizzare in caso di bisogno.**

E ciò, con indubbia incisione della serietà e dell'affidabilità dell'offerta e violazione della regola della par condicio.

Come la Sezione ha già avuto modo di precisare, infatti, **il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta in itinere, ma mira piuttosto a verificare la serietà di un'offerta consapevole già formulata ed immutabile, con conseguente inammissibilità di quelle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta che invece non è stata adeguatamente meditata, risultano tardivamente finalizzate ad un'allocazione dei costi diversi rispetto a quella originariamente indicata.**

Né, per le stesse ragioni, deve ritenersi consentita l'immotivata rimodulazione di voci di costo al solo scopo di far "quadrare i conti", al fine cioè di assicurare che il prezzo complessivo offerto resti immutato, superando le contestazioni della stazione appaltante su alcune voci di costo.

Del resto, nel giudizio di congruità dell'offerta, esplicazione paradigmatica di valutazioni tecniche e perciò sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può essere considerata quell'offerta in relazione alla quale si registri una trasmigrazione dei costi da una voce all'altra (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2011 n. 5098).

Né può esser condiviso l'assunto dell'appellante, secondo cui sarebbe possibile un aggiustamento delle singole voci di costo, nel caso in cui questo si fondi su sopravvenienze di fatto o normative che determinano una riduzione dei costi, in questo caso ammettendo l'impresa a dimostrare la possibilità di compensazione tra voci sopravvalutate e voci sottovalutate.

Invero, presupposto indefettibile di tale assunto non può che essere la serietà e la

consapevolezza dell'offerta presentata, che deve essere sempre rapportata ad una valutazione obiettiva del rapporto costi – benefici, e non artificialmente predisposta al fine di preconstituirsì un margine di azione da utilizzare in sede di giustificazioni ed in vista dell'aggiudicazione.

Ciò significa che **la compensazione di eventuali costi sopra e sottodimensionati in sede di offerta e riferibili alla medesima categoria potrebbe avvenire solo allorquando, in presenza di un'offerta necessariamente ancorata al rigido parametro costi – benefici, per ragioni indipendenti dalla volontà dell'offerente si vengano a creare situazioni attive e passive potenzialmente idonee a divenir oggetto di compensazione.**

E questo , nella specie , non è avvenuto .

Infatti ,come risulta dal giudizio di anomalia espresso dalla Stazione appaltante, sul punto non contestato, "l'A.T.I. ha dimostrato di aver alterato dei prezzi netti dichiarati gravandoli di un surplus di utile rispetto a quanto riportato nell'offerta", e ciò al precipuo fine "di voler fare uso di parte di detto surplus, fittiziamente accantonato, per far fronte ai rilievi dell'Amministrazione".

Ne consegue l'infondatezza del primo profilo di censura .

4. Fermo restando il carattere assorbente delle considerazioni che precedono, anche il secondo profilo di censura con cui viene contestata la declaratoria di insindacabilità delle scelte tecnico – discrezionali della P.A. , non è meritevole di accoglimento.

La decisione della Stazione appaltante di escludere l'A.T.I. Magno dalla selezione, infatti, non è affetta da alcuna valutazione abnorme, manifestamente illogica o da errori di fatto.

Come correttamente affermato dal T.A.R., infatti, né in sede di giustificazioni presentate a corredo dell'offerta né in sede di chiarimenti forniti nell'audizione sono state formulate osservazioni che dimostrassero l'asserita congruità dell'offerta presentata.

Ne discende l'infondatezza anche del secondo profilo di censura .

5. Per le ragioni esposte l'appello è infondato e come tale da respingere

6. La rilevata infondatezza dell'appello , esime poi il Collegio dall'esaminare i motivi del ricorso incidentale riproposti da Dielle , attesa la carenza di interesse per quest'ultima alla loro decisione .

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore della Provincia di Lecce e della società Dielle s.r.l. delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in Euro 4.000,00(quattromila) per ciascuna e quindi per complessivi Euro 8.000,00 (ottomila) .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI_

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

In occasione della decisione in esame, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare quali siano i presupposti per poter giustificare l'anomalia dell'offerta mediante una rimodulazione delle singole voci di costo. Da questa pronuncia, si desume che il presupposto indefettibile è quello della **serietà e affidabilità dell'offerta**, in mancanza della quale sarà inutile invocare gli ulteriori due presupposti, quali: (i) il limite della **non alterazione del *quantum* iniziale dell'offerta** medesima e (ii) il fondamento giustificativo delle **sopravvenienze di fatto o normative** che comportino oggettivamente una riduzione dei costi.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Un'A.T.I., soccombente in primo grado, proponeva appello al Consiglio di Stato avverso la sua esclusione da una gara di appalto di lavori per l'allargamento e la rettifica di una strada provinciale, disposta all'esito della verifica dell'offerta presentata e risultata anormalmente bassa.

In sede di giustificazioni, la ricorrente pretendeva di superare i sospetti di sovra e sottodimensionamento delle singole voci di costo adducendo a suo favore la possibilità di effettuare una compensazione tra detti scostamenti, a condizione che l'offerta nel suo

complesso rimanga invariata e che ciò si fondi su sopravvenienze di fatto o normative, tali da comportare una riduzione dei costi.

Entrambe queste condizioni, in presenza delle quali il giudice amministrativo tende ad ammettere la rimodulazione delle singole voci di costo, sono invero sottoposte all'**indefettibile presupposto della serietà e della consapevolezza dell'offerta presentata**.

Nel caso di specie, dall'esame delle giustificazioni formulate dall'appellante è invece risultato come quest'ultima non abbia affatto operato una rimodulazione delle voci di costo alla luce di sopravvenienze in corso di gara, ma più semplicemente **si sia preconstituita, volontariamente ed al solo fine di poter "coprire" eventuali e diverse carenze nell'offerta, un margine di operatività, prevedendo un sovradimensionamento (*surplus*) di alcune voci di costo da utilizzare in caso di bisogno**.

E ciò, **con indubbia incisione della serietà e dell'affidabilità dell'offerta e violazione della regola della par condicio**.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dalla pronuncia in commento emerge come **la serietà e l'affidabilità dell'offerta assurga, come è giusto che sia, a spartiacque** tra l'ammissibilità o meno della rimodulazione delle singole voci di costo in sede di giustificazioni sull'anomalia dell'offerta.

Difatti, **qualora l'offerta sia seria e consapevole**, l'offerente potrà liberamente modulare i costi in sede di giustificazioni, lasciando invariata nel suo complesso l'offerta stessa e motivando gli aggiustamenti delle singole voci con le sopravvenienti ragioni normative o di fatto.

La rimodulazione delle voci di costo deve invece ritenersi preclusa qualora non abbia altro **scopo che quello di far "quadrare i conti"**, al fine cioè di assicurare che il prezzo complessivo offerto resti immutato, superando le contestazioni della stazione appaltante su alcune voci di costo. In tal caso, sarà del tutto superfluo addurre a fondamento degli aggiustamenti i presupposti della non alterazione del *quantum* iniziale dell'offerta e delle sopravvenienze di fatto o normative.

In altri termini, si potrà ricorrere fruttuosamente ad una rimodulazione degli elementi economici dell'offerta per giustificare l'anomalia della stessa **"solo allorquando, - si chiarisce in sentenza – in presenza di un'offerta necessariamente ancorata al rigido parametro costi – benefici, per ragioni indipendenti dalla volontà dell'offerente si vengano a creare situazioni attive e passive potenzialmente idonee a divenir oggetto di compensazione"**.

Vigente il sistema precodicistico, la giurisprudenza sembrava propendere per una soluzione più possibilista, ammettendo senza grandi difficoltà l'eventualità di un aggiornamento degli elementi originari al fine di sincronizzare la valutazione con il momento dell'analisi delle

giustificazioni definitive (Cons. St., Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5315; Sez. VI, 26 aprile 2005 n. 1889; Sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3554; Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072; Sez. VI, 19 maggio 2000 n. 2908) e ritenendo che detti aggiustamenti non incidessero né sulla piena affidabilità della proposta contrattuale, né sulla *par condicio* dei concorrenti, che sarebbe risultata violata solo da una alterazione, in sede di giustificazioni sulla presunta anomalia, del *quantum* dell'offerta (Cons. St., Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3657).

Nell'attuale sistema, invece, **sembra emergere un approccio caso per caso**, più che una soluzione generalizzata, tanto nel senso dell'ammissibilità, quanto dell'inammissibilità.

L'**orientamento maggioritario**, a cui ha aderito la sentenza annotata, è restio nell'ammetterne la modificabilità delle voci di costo. Le argomentazioni utilizzate sono le più varie: (i) la **finalità antielusiva**: la possibilità di rimodulare i costi potrebbe indurre i partecipanti a presentare offerte a basso costo, per poi successivamente effettuare le correzioni necessarie per evitare l'anomalia (Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 21 aprile 2011, n. 714; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 17 marzo 2008, n. 2392); (ii) la **funzione stessa del subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala**: nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire *in itinere*, ma mira al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile (Tar Campania, Napoli, Sez. I, 18 marzo 2011, n. 1498; T.A.R. Lombardia, Sez. I, 14 gennaio 2011, n. 65; Cons. St., Sez. V, 12 luglio 2010, n. 4483; Sez. V, 15 giugno 2010, n. 3759; Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5098; Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451); (iii) il **principio della parità tra tutti i partecipanti** (Cons. Giust. Amm., 22 novembre 2011, n. 901).

Tuttavia, non mancano **decisioni che si pongono a favore della modificabilità delle singole voci di costo** nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia (Cons. St., Sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636; Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 19 agosto 2010, n. 2989; Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 20 maggio 2010, n. 12518; Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

A. Manzi, *Commento all'art. 86 e seguenti*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2012, pp. 627 ss.