

Illegittimità del giudizio di anomalia dell'offerta: limiti del sindacato del g.a. e conseguenze sull'offerta

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 19-7-2016

1. In accordo con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2014 in materia di limiti al sindacato del g.a. in caso di giudizio sull'anomalia dell'offerta, il giudice amministrativo valorizza gli elementi di incongruenza dell'offerta medesima, segnalati dal ricorrente, al fine di stigmatizzare la valutazione complessiva operata dalla stazione appaltante.

2. L'illegittimità del giudizio di anomalia dell'offerta non comporta, in automatico, l'esclusione dell'offerta. Caducato il giudizio di congruità dell'offerta operato dalla stazione appaltante, spetta, infatti, all'amministrazione riprovvedere, motivando nuovamente il giudizio di anomalia dell'offerta sulla scorta delle indicazioni desumibili dal sindacato del giudice amministrativo.

(1) Conforme: Cons. Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8; Cass. Civ., Sez. Un., 16 luglio 2014, n. 16239

Guida alla lettura

La sentenza in commento costituisce spunto per effettuare alcune considerazioni in ordine al giudizio sull'anomalia dell'offerta, con riferimento, in particolare, ai limiti del sindacato giurisdizionale del g. a. sul medesimo e al rapporto tra la possibile illegittimità del suddetto giudizio e l'esclusione dell'offerta dalla gara.

Il Consesso, chiamato a risolvere una pluralità di questioni relative all'aggiudicazione definitiva

del servizio di mensa scolastica a favore degli alunni della scuola dell'infanzia e primaria e pasti anziani, fornisce alcune indicazioni con riguardo al giudizio di anomalia dell'offerta.

In primo luogo, aderendo ai **principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 8 del 2014, in ordine ai limiti del sindacato giurisdizionale del g.a. in caso di giudizio di anomalia dell'offerta**, la Sezione chiarisce che l'operato del giudice di prime cure sul punto appare, nel caso di specie, corretto, dal momento che il medesimo, sulla scorta degli elementi di incongruenza dell'offerta, segnalati dall'originario ricorrente principale, ha censurato la valutazione complessiva operata dalla stazione appaltante. Ciò in applicazione, dunque, di quanto indicato dal Massimo Consesso della giustizia amministrativa con la già richiamata pronuncia n. 8 del 2014. In tale decisione, infatti, si precisa che, rientrando **la valutazione dell'anomalia dell'offerta nella sfera della discrezionalità tecnica della stazione appaltante, il sindacato del g.a. sulla stessa è un sindacato esterno. Il g. a. può, dunque, esaminare l'operato della stazione appaltante sulla base di elementi segnalati dal ricorrente che possano assurgere a figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere.**

Tanto chiarito con riferimento all'ambito di estensione del sindacato del g.a. sul giudizio di anomalia dell'offerta, ciò che assume rilievo nella decisione oggetto di nota attiene ai **rapporti tra la rilevata illegittimità del giudizio di anomalia dell'offerta e la conseguente esclusione dell'offerta stessa.**

Il Collegio, nell'esaminare tale questione, ritiene non configurabile un meccanismo automatico in virtù del quale, caducato il giudizio di anomalia dell'offerta, si debba necessariamente pervenire all'esclusione dell'offerta.

Si precisa al riguardo che, **l'illegittimità del giudizio di congruità dell'offerta effettuato dalla stazione appaltante non può determinare, in automatico, l'esclusione dell'offerta. Spetta, infatti, all'amministrazione riprovedere, motivando nuovamente il giudizio di anomalia dell'offerta sulla scorta delle indicazioni desumibili dal sindacato operato dal giudice amministrativo.**

Concludendo, è possibile osservare che i **referenti normativi** in materia di offerte anomale possono rinvenirsi negli **artt. 86-87-88 del vecchio Codice dei contratti pubblici**, contenenti, rispettivamente, i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, i criteri di verifica delle offerte anormalmente basse e, infine, la disciplina del procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse. Nel **nuovo Codice (D. lgs. n. 50 del 2016)**, invece, una disposizione di riferimento è rappresentata dall'**art. 97.**

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 8914 del 2015, proposto da:
Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Impresa Ridal S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;
Comune di Manfredonia, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I, n. 983/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva del servizio di mensa scolastica a favore degli alunni della scuola dell'infanzia e primaria e pasti anziani.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Impresa Ridal S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Eugenio Dalli Caradillo, Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. All'esito del ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia R.I.Dal. s.r.l. otteneva l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto dal Comune di Manfredonia in favore di Cir Food Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. e la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto nelle more stipulato.

2. Il primo giudice, accertata l'infondatezza del ricorso incidentale escludente proposto da Cir Food Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C., concludeva nel senso che dovesse ritenersi viziato il giudizio di congruità dell'offerta presentata da quest'ultima, per come formulata dalla stazione appaltante.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l'originario controinteressato, sostenendo l'erroneità della sentenza di prime cure per le seguenti ragioni: a) improcedibilità del ricorso di primo grado, dal momento che la ricorrente avrebbe risolto il contratto che le permetteva di contare sul centro di cottura d'emergenza di Santa Maria della Stella, restando così priva di uno dei requisiti richiesti dal bando di gara e oggetto dell'offerta di gara, che non esisterebbe di fatto più. Una diversa soluzione contrasterebbe del resto con il principio di immodificabilità dell'offerta. Né il centro cottura in questione potrebbe essere considerata un'appendice aggiuntiva dell'offerta secondo la *lex specialis* (cfr. art. 3.6. del capitolato), come invece sostenuto dal primo giudice; b) quanto al rigetto dei motivi di ricorso incidentale, la prestazione dell'attività di sanificazione non sarebbe meramente accessoria come emergerebbe dagli artt. 1.2. del titolo I e dal titolo III del capitolato speciale, con la conseguenza che il concorrente avrebbe dovuto possedere la necessaria abilitazione specifica. Altrimenti, non sarebbe risultato congruo attribuire per l'attività in questione un punteggio di gara. In ogni caso anche se attività accessoria l'appellata non avrebbe potuto svolgere una simile attività in mancanza del possesso dei requisiti di natura tecnica, restando irrilevante il richiamo all'oggetto sociale, in mancanza delle abilitazioni di cui al DM 274/1997. Quindi, l'appellata avrebbe dovuto fare ricorso al subappalto necessario. Da qui la necessità della presenza del preposto alla gestione tecnica per l'attività in questione. Circa il mancato rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, il numero dei dipendenti indicati dall'appellata non risponderebbe a quelli risultanti dalla visura camerale. Quanto infine all'errato inquadramento professionale del capo cuoco non varrebbe la giurisprudenza richiamata dal primo giudice in ordine ai lievi scostamenti dell'offerta, principio non utilizzato allorché il TAR ha accolto il ricorso principale dell'odierna appellata; c) sul ricorso principale di primo grado: c1) *ultrapetita* in quanto il TAR avrebbe assunto un inammissibile ruolo di istruttore, valutando le singole voci dell'offerta dell'appellante, mentre il ricorrente di primo grado non avrebbe mai contestato la genericità o l'incompletezza delle giustificazioni rese dall'appellante, che in ogni caso non sarebbero affatto generiche; c2) l'anomalia dell'offerta non potrebbe desumersi dalla supposta presenza di contraddizioni nel progetto dell'appellante quanto al dietista nutrizionista ed alla squadra jolly, né dalla determinazione dei costi orari di 25 addetti alla mensa, che secondo il TAR non sarebbero stati correttamente inquadrati nel livello sesto super. In ogni caso il mancato utilizzo del parametro della tabella ministeriale non sarebbe rilevante all'indomani dell'abrogazione dell'art. 87, comma 2, lett. g), d.lgs. 163/2006. Sicché lo scostamento dai correlati costi del lavoro non potrebbe più rappresentare parametro nel giudizio di anomalia dell'offerta; c3) erronea sarebbe la sentenza

nella parte in cui ritiene che il calcolo del costo del lavoro non terrebbe conto delle figure gestionali di cui al capitolo a.1.1., a.1.2. dell'offerta tecnica e dei laboratori esterni offerti per le analisi sugli alimenti; c4) il giudice di prime cure dal dubbio sull'anomalia dell'offerta avrebbe tratto erroneamente la conseguenza della certezza dell'anomalia annullando l'aggiudicazione, mentre avrebbe dovuto caducare il giudizio, disponendo che l'amministrazione riprovedesse.

4. Costituitasi in giudizio l'originaria ricorrente invoca il rigetto dell'odierno gravame.

5. Con memoria depositata il 9 febbraio 2015 l'appellante sottolinea di aver ottenuto una proroga nello svolgimento del servizio ed insiste nell'accoglimento del proprio appello.

6. In pari data l'originaria ricorrente deposita memoria con la quale argomenta in ordine alla correttezza della sentenza di prime cure.

7. In data 12 febbraio 2016 l'appellante deposita memoria di replica, sottolineando la fondatezza delle argomentazioni spiegate con l'odierno gravame.

8. L'appello è fondato solo in parte, nei sensi appresso indicati.

8.1. Quanto alle doglianze aventi ad oggetto la sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto le censure contenute nel ricorso incidentale, deve evidenziarsi che: a) la disponibilità del centro di cottura alternativo per le emergenze non è richiesto quale requisito di partecipazione alla gara. Ed, infatti, la *lex specialis* non lo richiede quale requisito necessario ai fini della partecipazione, né ciò risulta desumibile dall'art. 3.6. del capitolato speciale d'appalto rubricato: "*Gestione dei servizi in stato di emergenza*", che è chiaramente destinato a disciplinare l'esecuzione del contratto. Né il bando prevede che l'offerta tecnica venga strutturata in modo tale che ne sia elemento indefettibile l'indicazione disponibilità del centro di cottura alternativo per le emergenze; b) allo stesso modo non risulta condivisibile la tesi dell'appellante secondo la quale l'originario ricorrente avrebbe dovuto essere escluso, perché privo delle abilitazioni specifiche per poter svolgere in proprio il servizio di sanificazione: l'appalto, infatti, ha ad oggetto la gestione del servizio di ristorazione scolastica a favore degli alunni delle Scuole dell'infanzia e Primarie e pasti per anziani, ossia un servizio di ristorazione rispetto al quale l'attività di sanificazione ha chiaramente natura accessoria (in questo senso è il titolo 7 del capitolato speciale d'appalto). Al riguardo, deve rilevarsi che proprio il D.M. 274/1997 invocato dall'odierna appellante, riguarda le imprese di pulizia, ossia la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione. In ogni caso, la dichiarazione della Ridal S.r.l. di servirsi eventualmente del subappalto per i collaterali servizi di pulizia, unitamente all'orientamento dominante introdotto a seguito della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 9/2015, esclude ogni possibile fondatezza del motivo in esame anche in relazione al supposto onere di indicare un responsabile tecnico per l'attività di pulizia; c) non può condividersi neanche la doglianza inerente al mancato rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili. Infatti, l'art. 4, l. 68/1999, che stabilisce che i criteri di computo della quota di riserva, deve essere interpretato anche alla luce di quanto dispone la circolare n. 41/2000 del Ministero del Lavoro. Pertanto, ai fini della determinazione del calcolo della quota di riserva (cioè della individuazione della base di computo) i contratti a

tempo parziale si computano in proporzione all'orario svolto riferito alle ore lavorative ordinarie effettuate nell'azienda, con arrotondamento alla unità della frazione di orario superiore alla metà di quello normale. Quindi il calcolo aritmetico deve essere effettuato sommando le ore di tutti i contratti *part time* e rapportando la somma così ottenuta al totale delle ore prestate a tempo pieno, in base al contratto collettivo di lavoro della categoria, con il successivo arrotondamento ad unità delle frazioni superiori al 50%. Da ciò deriva che le deduzioni dell'odierno appellante circa la sussistenza dell'obbligo dell'appellata di assumere soggetti disabili non risultano fondate, poiché il numero di dipendenti computabili ai sensi della citata l. 68/1999 è, applicando il criterio sopra descritto, inferiore a 15 unità; d) anche l'ultimo motivo del ricorso incidentale di prime cure non può trovare condivisione, dovendosi guardare alle mansioni del "capo cuoco partita" descritte nella relazione tecnica dell'appellata, che esclude quest'ultimo svolga funzioni di coordinamento e autonomia gestionale, sicché alla luce dell'art. 290 del CCNL di categoria è corretto il suo inquadramento nel quarto livello funzionale.

8.2. Quanto alle doglianze aventi ad oggetto l'accoglimento dei motivi contenuti nel ricorso principale di primo grado, deve rilevarsi che: a) non si rinviene il dedotto vizio di *ultrapetita*, dal momento che specie il ricorso per motivi aggiunti di primo grado illustra dettagliatamente la presenza di una pluralità di contraddizioni tra le giustificazioni rese dall'odierna appellante in sede di gara e la sua offerta tecnica. Tanto premesso, il TAR ha fatto buon governo dei principi giurisprudenziali enunciati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8/2014, che ha fissato i limiti del sindacato giurisdizionale del g.a. in caso di giudizio di anomalia dell'offerta. Sicché ha proceduto a valorizzare i plurimi elementi di incongruenza segnalati dall'originario ricorrente principale, per stigmatizzare la valutazione complessiva operata dalla stazione appaltante. Ciò nonostante, come si dirà *infra*, non condivisibili sono le conclusioni raggiunte in ordine alle conseguenze derivanti dalla rilevazione di un illegittimo giudizio di anomalia dell'offerta. Va segnalato che la valutazione di non anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante racchiusa nel verbale del 29 maggio 2014 si limita a richiamare l'andamento del subprocedimento, ritenendo adeguate le giustificazioni fornite dall'odierna appellante all'esito del secondo invito formulato in data 6 maggio 2014 dalla stazione appaltante. L'amministrazione procedente motiva *per relationem*, operando un mero rinvio ai chiarimenti offerti dalla Cir Food C.S., sicché il primo giudice nel vagliare le doglianze prospettate dall'odierna appellata in prime cure non poteva che verificare direttamente la ragionevolezza e logicità del giudizio espresso dall'amministrazione come desumibile dagli stessi chiarimenti resi dall'impresa la cui offerta veniva sottoposta a verifica; b) venendo, in particolare, all'oggetto dei chiarimenti di cui alla nota del 6 maggio 2014 in ordine al costo di ogni singolo addetto al servizio ed all'entità delle agevolazioni contributive stimate in relazione al miglioramento del servizio e/o per la gestione del *turn over*, risulta evidente la contraddizione tra il contenuto dell'offerta nella parte in cui segnala la dietista come figura professionale specializzata e le giustificazioni rese nelle quale viene definita come di nuova assunzione in regime di apprendistato. Contraddizione quest'ultima, tra professionalità descritta in sede di offerta e quella precisata in sede di giustificazioni, che viene a reiterarsi anche in relazione alla squadra jolly.

Allo stesso tempo deve rilevarsi che non risulta corretto l'inquadramento di almeno 25 dipendenti addetti alla mensa. Infatti, l'art. 290 del CCNL, infatti, include nel livello sesto super

"*lavoratori in possesso di adeguate capacità tecnico-pratiche, comunque acquisite, che eseguono lavori di normale complessità e cioè: ... - addetto servizi mensa intendendosi per tale il lavoratore con mansioni promiscue e fungibili, che partecipa alla preparazione dei cibi con aiuto significativo alla cucina, alla loro distribuzione e provvede alle operazioni di pulizia, riordino e riassetto dei locali, impianti, dotazioni e attrezzature della mensa, che abbia compiuto un anno di anzianità nel settore; ...*". Il personale da assumere in base alla "clausola sociale", avendo in prevalenza un'anzianità superiore all'anno, andava pertanto inquadrato in tale più elevato livello categoriale, di tal che la conseguente differenza di costo avrebbe dovuto essere imputata all'interno della voce dei costi di personale. Non va, inoltre, dimenticato che proprio la *lex specialis* (art. 1, punto 3, lett. c) e d) del disciplinare di gara; art. 2.1 e 2.2 del capitolato speciale) imponeva ai concorrenti di applicare il CCNL. Né può concludersi che l'abrogazione della lett. g), comma 2, dell'art. 87, d.lgs. 163/2006, faccia venire meno l'obbligo per il concorrente la cui offerta sia sottoposta alla valutazione di anomalia di produrre le richieste giustificazioni in relazione al costo del lavoro, illustrando eventuali meccanismi compensativi che consentano di ridurre il costo del lavoro, quale desumibile dal suddetto CCNL. Del pari, non merita censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che "*il calcolo del costo del lavoro è stato effettuato senza una specifica previsione ed analisi dei costi conseguenti all'utilizzo della squadra Jolly*", se si pone mente al costo inferiore previsto dall'odierna appellante nella sua offerta in relazione alla diversa professionalità descritta in sede di offerta ed in sede di giustificazioni; c) immune da censure è, altresì, la sentenza impugnata nella parte in cui correttamente evidenzia che non risultano computati, né altrimenti giustificati i costi delle figure gestionali di cui al capitolo "a.1.1" ed "a.1.2." dell'offerta tecnica (elencate a pagg. 2-3-17: "Direttore valorizzazione risorse umane", "Direttore acquisti", "Responsabile Sistemi Certificati", "Direttore amministrativo", "Responsabile sistemi informativi", "Responsabile Ufficio Qualità e sicurezza alimentare", "Responsabile ristorazione scolastica", "Responsabile operativo del servizio", etc.); né i costi dei laboratori esterni offerti per le analisi sugli alimenti (Artest s.r.l., Progetto Natura Silliker, Istituto zooprofilattico sperimentale), non potendosi gli stessi desumere come ritenuto dall'appellante attraverso l'esame del costo del lavoro e/o delle spese generali.

8.3. Ciò precisato, deve nondimeno convenirsi con l'odierno appellante che il primo giudice ha errato nel ritenere che dall'illegittimità del giudizio di anomalia dell'offerta dovesse desumersi automaticamente l'esclusione dell'offerta dell'appellante. Infatti, una volta caducato il giudizio di congruità dell'offerta operato dalla stazione appaltante nonostante le contraddizioni sopra descritte tra le giustificazioni rese dall'odierna appellante ed il contenuto della sua offerta, spetta all'amministrazione riprovedere, motivando nuovamente il giudizio di anomalia dell'offerta sulla scorta delle indicazioni desumibili dal sindacato operato dal giudice amministrativo. A tal fine, occorre sottolineare che non rileva in termini di inammissibilità del ricorso di primo grado di rinnovare la convocazione della commissione di gara per un nuovo giudizio di anomalia, dal momento che ciò è diretta conseguenza della caducazione dell'impugnato giudizio di anomalia e di conseguenza della stessa aggiudicazione a favore dell'odierna appellante.

Pertanto, ferma la caducazione dell'aggiudicazione e la declaratoria di inefficacia del contratto concluso tra l'amministrazione e l'odierna appellante, la stazione appaltante dovrà rimotivare il giudizio di anomalia sulla base delle indicazioni offerte dall'aggiudicataria.

9. L'appello deve, quindi, essere accolto solo in parte nei termini sopra indicati.

La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei sensi cui in motivazione e, per

e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza accoglie in parte il ricorso principale di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

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 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere