

Anomalia dell'offerta e sindacabilità del giudizio

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 25-11-2016

Nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci.

La verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà dell'offerta nel suo insieme, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci. Allo stesso tempo non è possibile fissare una quota rigida di utile al di sotto del quale l'offerta debba considerarsi comunque incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, dato che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante.

Guida alla lettura

Dopo aver ribadito il principio di diritto espresso dalla Plenaria 19/2016 a tenore del quale la mancata indicazione degli oneri di sicurezza non può comportare l'automatica esclusione del concorrente dalla gara in relazione alle offerte temporalmente anteriori all'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50), il Consiglio di Stato ripone la propria attenzione sul tema delle offerte anomale ribadendo il principio secondo cui **il giudizio espresso dalla stazione appaltante in ordine ad una potenziale congruità dell'offerta costituisce espressione di un potere di discrezionalità tecnica, in quanto tale sindacabile dal giudice amministrativo solo in presenza di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale.**

In buona sostanza il potere cognitorio del giudice amministrativo non può estendersi ad un'autonoma verifica circa la congruità dell'offerta, poiché ove così fosse lo stesso si sostituirebbe sostanzialmente nell'esercizio del potere spettante all'amministrazione competente (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36).

La palese discrezionalità tecnica che connota l'agire pubblico nella specifica ed eventuale

fase del procedimento ad evidenza pubblica di valutazione dell'anomalia dell'offerta, dunque, risulta sindacabile dal giudice solo con riferimento alla logicità e alla ragionevolezza dell'esercizio del potere discrezionale, non anche con riguardo al merito della decisione.

Al riguardo la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che *“il giudice può sindacare le valutazioni compiute dalla Pubblica Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non al fine di valutare l'eventuale anomalia, bensì solo come verifica della sussistenza dei profili di completezza dell'istruttoria, nonché di ragionevolezza e logicità della valutazione effettuata dalla P.A.”* (Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2011, n. 3807). Ancora, *“in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o erroneità fattuale”* (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 settembre 2011, n. 1396).

A tenore di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, inoltre, l'attività di verifica della congruità di un'offerta deve necessariamente avere natura globale e sintetica, non potendo in alcun modo concentrarsi sulle singole voci componenti l'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1369).

Ancora, detta attività risulta per sua natura sprovvista di elementi oggettivi: non è possibile individuare un parametro al di sotto del quale l'offerta debba considerarsi sempre anomala, tale verifica dovendo al contrario più correttamente parametrarsi ai singoli elementi che contraddistinguono lo specifico caso, essendo infatti possibile che un utile apparentemente modesto possa produrre un vantaggio importante (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

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 2303 del 2016, proposto da:

MST - Manutenzione & Servizi Tecnici s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Gentile e Arrigo Varlaro Sinisi, con domicilio eletto presso Massimo Gentile in Roma, via Sebino, 29;

contro

Cipea & Cariiee - Co.Ed.A. - Unifica - Consorzio Fra Imprese di Produzione Edilizia Impiantistica ed Affini, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti C, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino, 2/A;

nei confronti di

Centro Agroalimentare Roma Car Scpa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Romana Ciliutti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Polibio, 15;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZIONE III-TER, n. 02233/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di manutenzione ordinaria pronto intervento, evolutiva, gestione e conduzione impianti, manutenzione area verde presso il centro agroalimentare di Roma.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cipea & Cariiee - Co.Ed.A. - Unifica - Consorzio Fra Imprese di Produzione Edilizia Impiantistica ed Affini e del Centro Agroalimentare Roma Car Scpa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Varlaro Sinisi, Vulpetti e Ciliutti.

FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, Sez. III-ter, con sentenza 19 febbraio 2016, n. 2233, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale appellata Cooperativa Cipea & Cariiee Co.Ed.a. – Unifica - Consorzio Fra Imprese di Produzione Edilizia Impiantistica ed Affini, Unifica Soc. Coop per l'annullamento: del provvedimento del 13 ottobre 2015 con cui il Centro Agroalimentare Roma C.A.R. S.c.p.A. ha aggiudicato in favore di M..S.T. Manutenzione & Servizi Tecnici S.A. l'affidamento dei "servizi di manutenzione ordinaria pronto intervento, evolutiva, gestione e conduzione impianti, manutenzione area verde presso il Centro Agroalim-entare di Roma (CAR)"; della nota prot. n. 1249 del 13 ottobre 2015 con la quale è stato comunicato il suddetto provvedimento di aggiudicazione; di tutti gli atti della procedura posti in essere dalla Stazione Appaltante e dalla Commissione Giudicatrice, nella parte in cui è stata ammessa ovvero non è stata esclusa dalla gara l'impresa M.S.T. Manutenzione & Servizi Tecnici S.r.l.; del provvedimento del 19 ottobre 2015 di parziale diniego di accesso agli atti; in subordine, del bando e di ogni altro atto della lex specialis di gara, nonché del provvedimento di estremi ignoti, di cui alla comunicazione del 15 luglio 2015, con cui la stazione appaltante ha nominato la Commissione di gara e di tutti i conseguenti atti del procedimento di gara.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- E' fondata la prima censura relativa alla omessa indicazione degli oneri di sicurezza da rischio specifico da parte della controinteressata;
- Tale circostanza non è smentita né dalla controinteressata né dalla resistente;
- Nell'ambito della propria offerta economica l'aggiudicataria M.S.T. non ha indicato i costi di sicurezza aziendali necessari per garantire ai propri lavoratori il rispetto della normativa sulla prevenzione degli infortuni;
- Non vale in contrario opporre l'avvenuta specificazione di tali costi in sede di verifica dell'anomalia, ammesso che ciò, come asserisce la controinteressata, sia effettivamente accaduto in concreto, o la possibilità di colmare la carenza attraverso il soccorso istruttorio, alla luce della recente giurisprudenza sull'obbligo di indicazione nell'offerta dei costi in questione ai sensi del d.lgs. n. 163-2006 (in particolare, Consiglio di Stato, Ad. plen. 20 marzo 2015, n. 3);
- Non si ravvisano i presupposti per disporre la sospensione del giudizio (in attesa della decisione della Corte di giustizia UE sulla questione sottoposta con ordinanza del Tribunale amministrativo per il Piemonte 16 dicembre 2015, n. 1745) o il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, atteso che nel caso di specie il bando è stato pubblicato il 9.6.2015, e dunque, successivamente all'intervento nomofilattico di cui alla sentenza Cons. Stato, Ad. plen., n. 3 del 2015, non ravvisandosi pertanto un affidamento tutelabile, e che questa stessa pronuncia ha dato conto del fondamento costituzionale delle disposizioni in questione, poste a tutela dei lavoratori.

L'appellante contestava la sentenza e chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva l'appellato chiedendo la reiezione dell'appello e riproponendo le censure articolate nei ricorsi di primo grado, assorbite dalla sentenza.

Il medesimo articolava appello incidentale, rilevando altresì l'omessa pronuncia sugli ulteriori motivi di ricorso sollevati in via principale e reiterando l'istanza di accesso agli atti ex art.116, comma 2, Cod. proc. amm..

All'udienza pubblica del 22 settembre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Come già evidenziato nella parte in fatto, la sentenza impugnata ha accolto il ricorso esclusivamente in relazione al motivo concernente la mancata indicazione in sede di offerta, da parte della MST, degli oneri di sicurezza da rischio specifico.

La sentenza ha richiamato il principio di cui a Cons. Stato, Ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3 e 2 novembre 2015, n. 9 in ordine alla questione dell'obbligo di indicazione di detti oneri per la sicurezza, secondo cui la carenza comporta l'esclusione del concorrente "anche se non prevista nella lex specialis di gara" e non è "sanabile con il potere di soccorso istruttorio".

Più di recente, tuttavia, con sentenza 27 luglio 2016, n. 19, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è ritornata sulla questione ammettendo il soccorso istruttorio per tutte le offerte relative alle gare anteriori alla entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, entrato in vigore il 19 aprile 2016): è stato sollevato il dubbio (estraneo al thema decidendi in relazione al presente appello) della possibilità di esercizio del soccorso istruttorio anche nella vigenza del nuovo Codice, in base all'ampia formulazione dell'art 80, comma 9, che consente il soccorso istruttorio relativamente a qualsiasi elemento formale della domanda, relativamente alla offerta viziata solo per la mancata formale (non sostanziale) indicazione degli oneri di sicurezza.

Pertanto, l'appello, incentrato unicamente sulla questione della mancata indicazione degli oneri di sicurezza, va respinto sulla base del principio di diritto espresso dall'anzidetta sentenza 27 luglio 2016, n. 19 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

2. Si può, quindi, passare all'esame dei motivi dell'appello incidentale.

Con il primo motivo di appello in via incidentale, "Unifica" ha riproposto la contestazione in merito all'ipotizzata violazione, da parte della M.S.T., degli artt. 41, 42 e 48 del *Codice dei*

contratti pubblici.

In proposito, deve ribadirsi con la giurisprudenza che in attesa della operatività della banca nazionale dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti devono procedere d'ufficio all'acquisizione, dalle amministrazioni competenti, dei certificati attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione autodichiarati dai concorrenti (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 27 luglio 2015, n. 3685).

Conseguentemente, non appare qui configurabile una violazione per omessa produzione di documenti che la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire autonomamente.

Vien inoltre dedotto, nell'ambito del primo motivo di appello incidentale, che il contratto d'appalto svolto a favore della Tecnimont S.p.A. non sarebbe ammissibile, per essere, quest'ultima, socio unico della M.S.T..

In proposito si osserva, come bene eccepisce l'appellante, che la Tecnimont S.p.A. è soggetto giuridicamente distinto dall'aggiudicatario, che opera in autonomia; pertanto non si vede la ragione per la quale le prestazioni specialistiche rese da M.S.T. nei confronti di tale Società non debbano assumere rilevanza.

Per quanto concerne il contestato valore di tale contratto che, a detta di Unifica "non può essere considerato espressione di un valore di mercato, atteso il particolare legame tra i due contraenti (controllante e controllato)", si tratta di mera congettura inidonea a determinare l'illegittimità dell'ammissione del concorrente (attuale appellante) alla gara.

Peraltro, la stazione appaltante ha esaminato tutta la documentazione messa a disposizione e, sulla base di una valutazione di ordine tecnico-discrezionale per la quale non emergono qui profili di manifesta erroneità o irragionevolezza, la ha ritenuta idonea a comprovare il requisito richiesto. Anche la censura per cui la dichiarazione resa da Tecnimont s.p.a. non ha valore poiché sottoscritta da soggetto non qualificato, non è fondata posto che il soggetto che ha firmato la dichiarazione Tecnimont s.p.a. era un dirigente della società che appare dotato dei relativi poteri.

3. Con il secondo motivo di appello in via incidentale, "Unifica" ha poi riproposto la contestazione in merito alla presunta anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

In primo luogo, si deve osserva che nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36).

Nel caso in esame non emergono profili di manifesta erroneità o irragionevolezza della valutazione effettuata ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta: ciò è già di per sé sufficiente a far ritenere infondata la relativa censura.

Inoltre, deve in proposito richiamarsi il consolidato indirizzo giurisprudenziale per cui la verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà dell'offerta nel suo insieme, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 17 marzo 2015, n. 1369); né è possibile fissare una quota rigida di utile al di sotto del quale l'offerta debba considerarsi comunque incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, dato che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante (cfr., da ultimo, Cons. Stato, IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

In riferimento al punto A.2. a) dell'appello incidentale, rubricato "Sottostima dei costi previsti per la manutenzione", si evidenzia che i profili di sottostima ipotizzati dall'appellante incidentale non hanno fondamento alcuno e sono inidonei a riverberarsi, per i motivi sopra indicati, quali vizi della valutazione dell'anomalia il cui esito è stato nel senso che il valore economico proposto da MST è adeguato e sufficiente rispetto a tutte le voci di costo e risulta congruo rispetto all'entità ed alle caratteristiche dei servizi da espletare" (cfr. verbale n. 10 del 6.10.2015).

4. Con il primo motivo sub B) dell'appello incidentale, "Unifica" contesta la mancata predeterminazione di "precisi e puntuali" criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell'offerta, i quali sarebbero "indefiniti e generici" e, come tali, illegittimi.

In primo luogo, "Unifica", che contesta la congruità e logicità dei criteri stabiliti dal disciplinare di gara, non ha impugnato il disciplinare di gara nella parte in cui disciplinava i criteri per l'assegnazione dei punteggi: pertanto la censura è inammissibile.

Inoltre, "Unifica" si limita nel merito a una generica contestazione, senza sollevare alcun preciso profilo di irragionevolezza o illogicità dei criteri adottati dalla stazione appaltante nei punteggi da assegnare all'offerta: del resto, la stazione appaltante ha ampia discrezionalità nell'individuare tali criteri, in relazione alla natura ed all'oggetto dell'appalto.

5. "Unifica" contesta, inoltre, peraltro genericamente, la composizione della Commissione di gara.

Al riguardo, si rileva che l'art. 84, comma 3, del *Codice dei contratti pubblici* si limita a prevedere che "di norma" la commissione è presieduta da un dirigente. Il che non esclude un'evenienza diversa ove, peraltro, sia garantita imparzialità e professionalità del presidente: nel caso di specie, questa non viene contestata.

Le ulteriori contestazioni circa presunti profili di incompatibilità degli altri componenti della Commissione sono palesemente generiche, atteso che "Unifica" non espone in alcun modo le ragioni di una tale incompatibilità.

6. Con il terzo motivo di appello proposto in via subordinata, "Unifica" contesta anche la genericità dell'oggetto dell'affidamento.

L'appellante incidentale, peraltro, non ha impugnato le clausole del bando di gara, del

disciplinare di gara, del contratto o del capitolato speciale, inerenti il contenuto dell'oggetto dell'affidamento.

In ogni caso, dalla lettura delle copiose pagine del capitolato tecnico d'appalto, richiamato, per farne parte integrante, all'art. 2 del contratto d'appalto (rubricato "oggetto"), appare come l'oggetto dell'appalto fosse tutt'altro che generico.

7. La domanda di accesso agli atti, reiterata nell'appello incidentale, appare infondata trattandosi di domanda inerenti documenti suscettibili di rilevare il *know-how* industriale dell'appellante e atteso che tali documenti appaiono irrilevanti ai fini dell'assegnazione dei punteggi, rispetto ai quali la ricorrente non dimostra neppure l'interesse concreto alla loro conoscenza.

8. Conclusivamente, l'appello principale deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado. L'appello incidentale deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Respinge l'appello incidentale.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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