

Anomalia e congruità delle offerte.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 13-2-2017

1. L'affidabilità e l'attendibilità complessiva dell'offerta scrutinata in diretta relazione della corretta esecuzione del contratto scaturenti da una valutazione congetturale, non già l'eventuale inesattezza di una singola posta o voce economica quale giudizio di mero fatto, è il parametro di riferimento cui obbedisce il procedimento di verifica come concepito dagli artt. 87 e 88 d.lgs. n. 163/2006.

1) Conformi: Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4888; sez. V, 17 novembre 2016, n. 4755; 6 agosto 2015, n. 3859

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 4043 del 2016, proposto da:

Comune di Mortara, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Cristina Colombo C.F. CLMMCR67H51L682V, Maria Stefania Masini C.F. MSNMST67D41H501W, con domicilio eletto presso Maria Stefania Masini in Roma, via Antonio Gramsci, 24;

contro

Cooperanda Società Cooperativa Sociale Onlus Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Sgobbi C.F. SGBGLN70M05B509U, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

nei confronti di

Eco Sud Cooperativa per la Protezione e Tutela dell'Ambiente e del Territorio e dei Beni Artistici non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO: SEZIONE IV n. 00315/2016, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di pulizia presso i locali dell'asilo nido comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperanda Società Cooperativa Sociale Onlus Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Colombo e Sgobbi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Cooperanda Società Cooperativa Sociale Onlus (d'ora in poi anche Cooperanda) ha impugnato l'aggiudicazione, disposta dal comune di Mortara in favore di Eco Sud Cooperativa per la Protezione e Tutela dell'Ambiente, del Territorio e dei Beni Artistici (d'ora in poi anche Eco Sud), del contratto avente ad oggetto il servizio di pulizia nei locali dell'asilo nido comunale per il periodo 01.11.2014 – 31.10.2015.

Cumulativamente ha chiesto il subentro nel contratto in esecuzione o il risarcimento del danno per equivalente.

Esponeva nell'atto introduttivo che:

i) il criterio d'aggiudicazione era il prezzo più basso del servizio ed alla gara venivano invitati cinque operatori, comprese la ricorrente e la controinteressata;

ii) all'esito delle operazioni di gara, Eco Sud si collocava al primo posto, avendo offerto euro 31.983,38, corrispondente ad un ribasso sulla base d'asta del 19,23% mentre al secondo posto si collocava la Cooperanda avendo offerto euro 35.204,40, corrispondente ad un ribasso sulla base d'asta del 11,10%;

iii) in ragione dell'entità del ribasso offerto, la stazione appaltante avviava il procedimento di verifica di congruità, che si concludeva con esito positivo da cui il provvedimento (n. 460/2014) d'aggiudicazione del contratto.

2. Con ricorso contenente motivi aggiunti Cooperanda ha impugnato la nuova aggiudicazione (anch'essa) in favore di Eco Sud disposta dalla stazione appaltante dopo la riapertura – sollecitata dall'ordinanza del Tar d'accoglimento della domanda incidentale di tutela cautelare – del procedimento di verifica della congruità dell'offerta aggiudicataria.

Nei motivi d'impugnazione, accomunanti i ricorsi, la ricorrente ha dedotto l'irrazionalità e l'incoerenza delle scelte dell'amministrazione, operate nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia sia in relazione al criterio tecnico prescelto che in relazione alle modalità della sua concreta applicazione.

3. Si è costituito in giudizio il comune di Mortara, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza dei ricorsi. Eco Sud, controinteressata, non si è costituita in giudizio.

4. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. IV, respinte le eccezioni d'inammissibilità, ha accolto i ricorsi.

Precisato che in sede di verifica di congruità, la stazione appaltante esercita poteri connotati da discrezionalità tecnica ed amministrativa non sottratti al sindacato del giudice amministrativo, il quale, entro il limite dell'impossibilità di sostituirsi all'amministrazione quanto all'individuazione del criterio tecnico da applicare in concreto, esercita un sindacato intrinseco e non meramente estrinseco, i giudici di prime cure hanno concluso che “ le giustificazioni rese in sede di riesame non hanno superato le criticità caratterizzanti le prime giustificazioni e l'amministrazione non ha colmato le lacune istruttorie sul costo reale orario del personale impiegato pari a euro 12,06”. Tanto più palesi, aggiunge il Tar, dalla “contraddizione tra le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria, che in un primo tempo sembra riferirsi ai costi effettivi sostenuti dall'azienda, mentre nei passaggi successivi rinvia ai valori tabellari”.

Conseguentemente, dato atto dell'avvenuta – in pendenza di lite – esecuzione del contratto, il Tar ha accolto la domanda di risarcimento danni, condannando il Comune a pagamento in favore di Cooperanda di euro 2.428,66, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

5. Appella la sentenza il comune di Mortara. Resiste Cooperanda.

6. Alla pubblica udienza del 15.12.2016 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

7. Coi i motivi d'appello, il Comune richiama tal quali le eccezioni d'inammissibilità disattese dai giudici di prime cure, lamentando nel merito gli errori di giudizio in cui essi sarebbero incorsi nel censurare le opzioni attinte dalla stazione appaltante nel procedimento di verifica dell'anomalia.

L'omogeneità degli argomenti e del percorso logico giuridico che intessono la trama delle censure proposte – violazione degli artt. 87 e 88 del d.lgs. n. 163 del 2006 – avverso il capo di sentenza di reiezione delle eccezioni e d'accoglimento nel merito dei ricorsi, consente la loro trattazione unitaria.

8. L'appello è fondato.

8.1 Il Tribunale meneghino, in difformità dall'orientamento giurisprudenziale prevalente, si è di fatto sostituito alla stazione appaltante e, scomponendo gli addendi economici dell'offerta presentata dell'aggiudicataria, incentrando lo scrutinio sul (solo) costo orario del personale, ha formulato il giudizio d'anomalia senza affatto considerare l'importo complessivo dell'offerta, che, viceversa, per giurisprudenza costante, qui condivisa, è il reale oggetto della verifica di congruità (cfr. fra le tante, Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2014 n. 1487).

Tant'è che, complessivamente considerata, l'offerta dell'aggiudicataria è stata oggetto di ben due distinti e separati procedimenti di verifica di congruità, promossi dalla stazione appaltante, conclusi entrambi positivamente nei termini, espressamente formulati, d'affidabilità complessiva dell'offerta.

8.2 L'affidabilità e l'attendibilità complessiva dell'offerta scrutinata in diretta relazione della corretta esecuzione del contratto scaturenti da una valutazione congetturale, non già l'eventuale inesattezza di una singola posta o voce economica quale giudizio di mero fatto, è il parametro di riferimento cui obbedisce il procedimento di verifica come concepito dagli artt. 87 e 88 d.lgs. n. 163/2006 e conformato dalla giurisprudenza pressoché univoca (cfr., Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2014 n. 4615; Id, sez. V, 17 luglio 2014 n. 3800).

9. L'erroneità del criterio seguito in sentenza, fondato sulla parcellizzazione dell'offerta, è altresì testimoniata, come lamentato dal Comune appellante, dal fatto che, accedendo al metodo seguito dai giudici di prime cure, ossia scindendo analiticamente le componenti dell'offerta presentata dalla ricorrente, il costo del personale da essa indicato (pari a euro 11,12) è sensibilmente più basso di quello formulato dalla controinteressata aggiudicataria (pari a euro 12.06).

Il dato di fatto, emergente dal calcolo matematico, ha fondato l'eccezione d'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti, formulata dal Comune e riproposta in appello: la ricorrente non ha neanche interesse a dedurre la censura che, se accolta dal Tar, come di fatto avvenuto, inficierebbe *ab imis* anche (ed a maggiore ragione) la sua stessa offerta.

10. Conclusivamente l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, respinto il ricorso principale e quello contenente motivi aggiunti, dichiarando infondata la domanda di risarcimento danni.

11. La particolarità della vicenda dedotta in causa giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Guida alla lettura.

Com'è noto, il **giudizio di anomalia**, quale sub-procedimento all'interno del procedimento di scelta del contraente, costituisce espressione della **discrezionalità tecnica** della P.A.

Tale sub-procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio né è volto alla ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica; esso mira, piuttosto, all'effettiva scelta del **miglior contraente** possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto cosicché l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta risulta essere l'effetto della valutazione operata dall'Amministrazione di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere.

Il testo dell'art. 86, comma 3 del Decreto Legislativo 163 del 2006 stabilisce che *“in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

La previsione detta un potere generale di verifica dell'anomalia dell'offerta anche al di fuori delle ipotesi tipiche.

Si vuole in effetti garantire che il contraente privato scelto sia effettivamente in grado di eseguire pienamente le prestazioni oggetto del contratto.

La disposizione non richiede una motivazione particolarmente approfondita, in quanto la verifica è frutto di una scelta discrezionale della P.A.

La verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce piena attuazione del **principio di buon andamento** di cui all'art. 97 della Costituzione.

Infatti, non solo è rilevante, ai fini dell'aggiudica di una gara pubblica, la **convenienza economica** dell'offerta, ma anche la **serietà** della stessa.

In caso contrario, infatti, non può esservi convenienza per la P.A. nella stipula di contratti con una controparte che non fornisca le dovute garanzie.

Di qui l'insindacabilità del Giudice amministrativo nelle valutazioni compiute, salve le ipotesi di **macroscopiche illegittimità**.

La giurisprudenza, infatti, è sempre stata costante nel ritenere che in materia di verifica

dell'anomalia dell'offerta, il giudizio della stazione appaltante costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, che renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; di conseguenza il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A.

Anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può intervenire, fermo restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione. (Cons.Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711).

La giurisprudenza ha anche chiarito che il giudizio di anomalia ben può essere fondato **sull'inattendibilità di singole voci di costo dell'offerta** che, tuttavia, per la loro importanza ed incidenza rendano l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'Amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità (Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2015, n. 1813; 15 novembre 2012, n. 5703; 28 ottobre 2010, n. 7631).

Quanto alla voce **costo del lavoro**, un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro è stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi.

Ed infatti, non si può ritenere illegittima la scelta dell'Amministrazione di non sottoporre l'offerta alla verifica dell'anomalia in relazione all'asserita difformità dalle tabelle ministeriali di riferimento, posto che la valutazione sulla serietà e congruità dell'offerta ha per oggetto l'offerta nel suo insieme e non riguarda i suoi singoli aspetti.

I valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono tuttavia un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima di per sé un giudizio di anomalia.

Devono, quindi, considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, in quanto i costi medi costituiscono non parametri inderogabili ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2015, n. 3329).

Nel nuovo Codice Appalti, il giudizio di anomalia dell'offerta è contenuto nell'art. 97,

rubricato “**Offerte anormalmente basse**”, il quale impone agli operatori economici di fornire “*su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse*”.

Il tutto sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell’offerta.

Il secondo comma regola il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, con la previsione di specifici metodi di calcolo.

In tale ipotesi la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata.

Ciò per non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, procedendo al sorteggio, in sede di gara.