

Le giustificazioni dell'offerta non possono basarsi su semplici richiami alla solidità economica dell'operatore economico

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 10-10-2024

L'articolo 97, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone che la verifica di congruità dell'offerta deve avere ad oggetto la sostenibilità e l'affidabilità complessiva della specifica proposta formulata dal concorrente in gara. Tale affermazione prevede, di conseguenza, l'indicazione di un quadro complessivo che sia in grado di dimostrare che l'operatore economico sia dotato di tutti i mezzi necessari per far sì che lo stesso soggetto privato possa portare a termine l'attività/l'opera nel rispetto di fondati parametri economici. Pertanto la richiesta di "spiegazioni" formulata dalla stazione appaltante deve essere soddisfatta con precise e puntuali indicazioni sulla reale capacità economica/finanziaria dell'impresa aggiudicataria dell'appalto. Di conseguenza, l'amministrazione non può accogliere le giustificazioni del medesimo operatore economico che si basano su semplici richiami alla propria complessiva solidità economica. Al contrario il cives deve indicare puntualmente i costi reali dell'offerta presentata.

Quindi nel caso in cui l'impresa non sia in grado di fornire alla stazione appaltante un quadro complessivo delle proprie risorse economiche l'amministrazione non è in alcun modo obbligata ad attivare un'ulteriore interlocuzione procedimentale, con l'instaurazione di una successiva fase istruttoria in violazione, pertanto, del principio di non aggravamento del procedimento di cui all'articolo 1 (Principi generali dell'attività amministrativa), comma 2^[1], della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Al contrario il soggetto pubblico deve compiere una semplice presa d'atto del fatto che il soggetto privato abbia fornito delle giustificazioni non in grado di rappresentare, come detto, le proprie reali basi economiche.

[1] *La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.*

"L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei

suoi funzionari e degli operatori economici'. Così recita l'innovativa disposizione del comma 1 dell'articolo 2 (*Principio della fiducia*) del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (*Codice dei contratti pubblici*).

Quindi solo un'effettiva e solida collaborazione tra soggetto pubblico e parte privata può portare al conseguimento dei rispettivi obiettivi nell'ambito della selezione pubblica.

Tale atteggiamento assume notevole importanza nel momento in cui l'operatore economico presenti alla stazione appaltante la propria proposta, che deve basarsi su consolidate basi economiche.

Il confronto tra le parti risulta fondamentale nel momento in cui l'amministrazione, dubitando proprio delle capacità finanziarie del soggetto privato, possa rivolgersi a quest'ultimo chiedendo spiegazioni sulle predette qualità concorrenziali possedute dall'impresa.

Il Consiglio di Stato, Sez. III, 17.09.2024, n.7613 ha esaminato, dettagliatamente, la tematica in argomento.

L'accentuazione della funzione sostanzialista, impressa dal suddetto d.lgs. 36/2023, si deduce anche dalla citata pronuncia.

Infatti i giudici hanno rilevato che la solidità dell'offerta economica deve essere dimostrata solo tramite un'accurata analisi di tutti gli elementi che contraddistinguono la medesima proposta.

Nel concreto il Collegio sottolinea che la verifica di congruità dell'offerta deve riguardare la sostenibilità e l'affidabilità complessiva di quanto presentato dal concorrente in gara. Pertanto, a fronte di dettagliate richieste di "*spiegazioni*" da parte della stazione appaltante, l'impresa deve tenere un atteggiamento estremamente collaborativo e fornire esatte indicazioni. Infatti la Sezione evidenzia come un chiarimento sulla richiamata solidità economica del soggetto privato può essere dato solo con l'elencazione di qualificate caratteristiche. Nello specifico, l'operatore privato non deve effettuare "*semplici richiami*" alla sua complessiva compattezza finanziaria, ma lo stesso deve rappresentare alla p.a. i reali costi del progetto. Nello stesso tempo i magistrati considerano il fatto che, non avendo le sopra indicate spiegazioni pienamente convinto l'amministrazione sulle predette spese, quest'ultima non avrebbe dato corso alla successiva aggiudicazione. In particolare, alla luce del principio di *non aggravamento del procedimento*, e nel rispetto degli ulteriori principi di *efficacia* e di *economicità*, la stessa parte pubblica non era obbligata ad attivare un'ulteriore fase istruttoria, constatando, solamente ed unicamente, l'inidoneità dei chiarimenti presentati.

Alla luce di quanto sopra rappresentato si rammenta che, in base a quanto disposto dall'articolo 97, comma 5^[1], del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*), la verifica di congruità dell'offerta deve avere ad oggetto la sostenibilità e l'affidabilità complessiva dell'offerta formulata dal concorrente in gara.

Peraltro il Supremo Consesso di giustizia amministrativa rileva che la richiesta in argomento

sia conforme ai parametri di legge, specie nella procedura in cui l'aggiudicazione doveva avvenire con il ricorso al criterio del minor prezzo.

Di conseguenza, nel caso di specie, osserva la Sezione, non sussistevano particolari "voci" dell'offerta tecnica su cui chiedere determinate precisazioni.

Inoltre- proseguono sempre i giudici- un obbligo di ulteriore contraddittorio a carico dell'amministrazione poteva imporsi solo in un'altra circostanza. Ossia, nel caso in cui il privato dovesse fornire chiarimenti sulle delucidazioni già fornite e non qualora, come nella fattispecie in esame, le stesse fossero risultate totalmente inidonee.

Infine il Consiglio di Stato evidenzia il fatto che la stessa impresa aveva insistito nell'affermare che quanto rappresentato fosse inteso ad "illustrare il processo attraverso il quale si formano i prezzi offerti nelle procedure di evidenza pubblica". Tuttavia- sempre a detta dei giudici- la parte privata non aveva chiarito, neppure in sede giudiziale, quale fosse e a quanto ammontasse l'utile che, a suo dire, avrebbe ricavato dalla propria offerta, né in che modo esso sarebbe stato evincibile dalle spiegazioni date.

In conclusione il Collegio accoglie quanto sostenuto dalla stazione appaltante, considerato che nella procedura di gara fosse palese la totale assenza di un vantaggio necessariamente documentato.

Al contrario, in caso di presenza di tale documentazione, l'operatore economico avrebbe indubbiamente potuto rappresentare il fondamento delle proprie qualità economiche.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 17/09/2024

N. 07613/2024REG.PROV.COLL.

N. 03405/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3405 del 2024, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Griselli, Marco Salina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl Roma 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gloria Di Gregorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione Lazio, non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Roma 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2024 il Cons. Raffaello Scarpatò e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. -OMISSIS- ha impugnato il provvedimento della ASL Roma 1 -OMISSIS- 2024, recante l'esclusione dalla "Procedura Aperta per la fornitura di dispositivi medici per anestesia, rianimazione e terapia del dolore".

La società, risultata migliore offerente in relazione al Lotto -OMISSIS- relativo alla fornitura di

aghi-cannula per l'importo di € 100.000,00 e sollecitata dalla stazione appaltante a presentare i propri giustificativi conseguenti al rilevamento dell'anomalia dell'offerta, è stata successivamente esclusa dalla gara, avendo l'amministrazione rilevato l'assenza di utili aziendali ed, anzi, una perdita d'impresa pari al -OMISSIS-.

2. La società ha impugnato l'esclusione dinanzi al T.a.r. per il Lazio, Roma, deducendo, in sostanza che l'indicazione della perdita di impresa contenuta nei giustificativi non era riferibile al costo del bene offerto, ma al bilancio della società e che il RUP, prima di comminare l'esclusione, avrebbe dovuto chiedere ulteriori chiarimenti.

3. Il T.a.r. ha respinto il ricorso, premettendo un sintetico richiamo al consolidato orientamento giurisprudenziale sull'ampiezza del potere di apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione in tema di giudizio sull'anomalia dell'offerta e rilevando che nel caso di specie -OMISSIS- aveva effettivamente dichiarato una perdita pari al -OMISSIS-, ritenendo tale dato sufficiente a valutare come non sostenibile economicamente la fornitura offerta, senza necessità di ulteriori approfondimenti istruttori da parte del RUP.

La società ha riproposto, con il presente ricorso in appello, le medesime censure già respinte dal primo giudice, compendiandole nel seguente composito motivo di ricorso:

“Error in iudicando. Violazione dell’art. 69, par. 3, Direttiva 2014/24/Ue. Violazione dell’art. 97 d.lgs. 50/2016. Violazione dell’art. 23 del Disciplinare di gara (e in subordine illegittimità dello stesso). Violazione dell’autovincolo. Violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost. Eccesso di potere per istruttoria carente e inadeguata, difetto di motivazione. Carenza dei presupposti. Violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e contraddittorio. Violazione dei criteri di interpretazione dei negozi giuridici. Contraddittorietà e illogicità”.

Inoltre, l'appellante ha lamentato l'omessa pronuncia sul secondo motivo di ricorso, diretto a contestare la motivazione del provvedimento di esclusione in quanto illogica, erronea ed insufficiente, poiché la voce perdita di impresa, indicata nei giustificativi, non si riferiva all'utile ritraibile dalla singola commessa (-OMISSIS-), ma riportava un mero indice di bilancio (del 2021), avendo peraltro le giustificazioni sottolineano la presenza di un'utile di impresa relativo al Lotto -OMISSIS- e la sostenibilità del prezzo proposto.

4. Si è costituita la ASL Roma 1, chiedendo la declaratoria di inammissibilità dell'appello ed in ogni caso la sua reiezione nel merito siccome infondato, con conferma della decisione impugnata.

5. Con ordinanza -OMISSIS- è stata respinta la domanda di misure cautelari formulata dall'appellante, avendo il Collegio rilevato l'assenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

6. All'udienza pubblica del'11 luglio 2024 l'appello è stato introitato per la decisione.

7. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita conferma per le seguenti ragioni.

8. Osserva il Collegio che la società ha utilizzato, per le proprie giustificazioni, la tabella messa a disposizione dalla stazione appaltante, sostituendo la voce “utile aziendale”, con “perdita di impresa”, senza indicare utili.

E' importante precisare che nel modulo di richiesta di chiarimenti la Stazione appaltante aveva espressamente indicato la necessità di indicare e precisare “l'utile di impresa”, cosa che la società non ha fatto, indicando, al posto dell'utile, una perdita d'impresa pari al -OMISSIS-.

Al modulo non può che darsi l'interpretazione sostenuta dall'Amministrazione, prevedendo lo stesso in maniera espressa l'indicazione del valore dell'utile aziendale e non la mera indicazione dei bilanci societari.

Peraltro, le giustificazioni relative alla circostanza che solo una delle divisioni della società fosse in perdita, mentre le altre in attivo, non costituisce una valida motivazione per l'indicazione dell'elemento negativo nella griglia dei costi, in assenza dell'indicazione di utili.

9. Sotto distinto profilo, va rilevato che il contraddittorio è stato debitamente attivato mediante la richiesta di giustificazioni, non risultando l'Amministrazione obbligata a ulteriori interlocuzioni, stante la chiara portata dei giustificativi presentati dall'impresa.

10. Peraltro, anche a voler condividere l'impostazione dell'odierna appellante, secondo cui vi sarebbe stato – in sostanza – un equivoco perché le perdite indicate nelle giustificazioni atterrebbero al complessivo esercizio dell'impresa come da bilancio dell'ultimo anno (non pregiudicando la specifica offerta, in grado di produrre un utile), deve rilevarsi:

a) che a norma dell'articolo 97, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la verifica di congruità dell'offerta deve avere ad oggetto la sostenibilità e l'affidabilità complessiva della specifica offerta formulata dal concorrente in gara, sicché la richiesta di “spiegazioni” della stazione appaltante non può essere soddisfatta con semplici richiami alla complessiva solidità economica dell'operatore economico, dovendo essere incentrata sui costi dell'offerta *de qua*;

b) che, pertanto, non avendo le giustificazioni fornite dall'odierna appellante soddisfatto la elementare condizione di cui al punto precedente, nessun obbligo incombeva alla stazione appaltante di attivare una ulteriore interlocuzione procedimentale, dovendo la stessa semplicemente prendere atto dell'inidoneità delle giustificazioni fornite;

c) che nemmeno un tale obbligo poteva farsi discendere da una pretesa “genericità” della richiesta di spiegazioni, atteso che tale richiesta era conforme ai parametri di legge (specie in una procedura, come quella per cui è causa, in cui l'aggiudicazione doveva avvenire col criterio del minor prezzo, sicché non vi erano specifiche e particolari “voci” dell'offerta tecnica su cui chiedere specifiche giustificazioni), e tenuto conto che un obbligo di ulteriore contraddittorio a carico dell'Amministrazione potrebbe imporsi solo nel caso in cui risultino necessari chiarimenti sulle giustificazioni già fornite e non qualora – come nel caso di specie – le stesse fossero risultate totalmente inidonee;

d) che, in ogni caso, pur insistendo nell'affermare che le giustificazioni così come formulate

erano intese a “illustrare il processo attraverso il quale si formano i prezzi offerti nelle procedure di evidenza pubblica”, l'appellante neanche in sede giudiziale ha chiarito quale fosse e a quanto ammontasse l'utile che a suo dire avrebbe ricavato dalla propria offerta, né in che modo esso sarebbe stato evincibile dalle giustificazioni rese, con ciò confortando le conclusioni della stazione appaltante circa l'assenza di un utile documentato.

11. Per tali ragioni l'appello deve essere respinto.

12. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la Società ricorrente al pagamento delle spese di questo grado di giudizio in favore della Asl Roma 1 e le liquida nella somma di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante;

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

Enzo Bernardini, Consigliere

[1] 5. *La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:*

a) non rispetta gli obblighi di cui all'[articolo 30, comma 3](#);

b) non rispetta gli obblighi di cui all'[articolo 105](#);

c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'[articolo 95, comma 10](#), rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'[articolo 23, comma 16](#).