

Criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: quali sono i parametri, oggettivi e soggettivi, da verificare? Per le offerte anomale, quali sono le giustificazioni a sostegno di un prezzo basso? Si può accettare la dichiarazione che il prezzo (basso) sarebbe da inquadrare "nell'ambito di una strategia aziendale di espansione" per l'aumento delle commesse che sarebbe presumibilmente conseguito a seguito dell'aggiudicazione della gara?

L'aggiudicazione di una gara di appalto, con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa, non deve essere effettuata a favore di un concorrente solo in considerazione delle sue potenzialità di ordine tecnico ed economico-finanziario, del fatturato pregresso o dalla qualificazione conseguita (quale nella specie la certificazione UNI EN ISO 9001 – 2000) ma deve essere operata a favore del concorrente che abbia presentato, in relazione all'oggetto specifico della gara, l'offerta più conveniente, e nello stesso tempo seria ed affidabile, per l'amministrazione.

Merita di essere segnalata la decisione numero 5282 del 9 ottobre 2007 emessa dal Consiglio di Stato per alcuni importanti insegnamenti in essa contenuti

< La circostanza adottata dal Comune appellante, secondo cui, nell'effettuazione della integrazione della verifica, l'amministrazione si sarebbe legittimamente attenuta ai criteri indicati dal T.A.R. nella ordinanza di sospensione del 5.4.2006, n. 245, verificando la solidità e l'affidabilità dell'impresa, non è rilevante, **non potendo la pronuncia del T.A.R. esonerare l'impresa concorrente dal produrre e l'amministrazione dal controllare, oltre agli aspetti soggettivi indicati da detta pronuncia, anche gli elementi di valutazione richiesti dalla legge, indicati dal citato art. 25 del D.Lgs. n. 157 del 1995**>

per quanto concerne la verifica delle offerte anomale, attenzione perché:

< l'art. 25 del D.Lgs. n. 157 del 1995, stabilisce che l'amministrazione, nella valutazione delle offerte anomale, deve tener conto di tutte le spiegazioni ricevute, ma queste devono riguardare "le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta".

Il prezzo offerto, pertanto, per essere ritenuto congruo, deve essere sostenuto dalla presenza di quegli elementi di oggettivo rilievo atti a giustificarne il livello eccessivamente basso.>

Non sono quindi credibili le seguenti giustificazioni:

< La sentenza appellata non rinnega affatto la facoltà dell'amministrazione di svolgere approfondimenti istruttori sulla congruità dei costi del servizio e sulla adeguatezza delle giustificazioni rese dai concorrenti, ma solo ha ritenuto la inconsistenza, come elemento di giustificazione, del rilievo, su cui fonda anche il motivo in esame, secondo cui il prezzo sarebbe da inquadrare "nell'ambito di una strategia aziendale di espansione" per l'aumento delle commesse che sarebbe presumibilmente conseguito a seguito dell'aggiudicazione della gara e che avrebbe comportato una riduzione dei costi di produzione del servizio.

E' evidente che tale prospettiva, ipotizzabile solo in astratto senza alcuna certezza, non può rappresentare la base per una concreta ed attuale valutazione positiva della congruità del prezzo>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA N. 5282/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 7217 e 7819 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello:

n. 7217/2006 proposto dalla ALFA Pass, s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Dott. Andrea Fabio P., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Giancarlo Tanzarella, Paolo Viano e Diego Vaiano, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3,

n. 7819/2006 proposto dal Comune di Foggia, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Carlantonio (detto Carlo) Nobile, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, presso lo studio dell'Avv. Mario Pio Trocano, via Nicolai, n. 56,

CONTRO

la BETA, S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., sig. Adelio Grottini, rappresentata e difesa dagli Avv.ti. Innocenzo Militerni, Massimo Militerni e Giuseppe Bianco con i quali è elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Oslavia, n. 39/F,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Puglia, Bari, Sezione I, del 19.7.2005, n. 2905

7.5.2003, n. 5171.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 23.1.2007, il Consigliere Claudio Marchitiello;

Uditi gli avv.ti Vaiano, Bianco e Nobile, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La Società BETA, S.p.A., ha impugnato al T.A.R. della Puglia, con un primo ricorso (n. 573/2006), i provvedimenti con i quali la commissione aggiudicatrice della gara per "l'appalto triennale del servizio sostitutivo di mensa mediante emissione di buoni pasto per il personale", indetta dal Comune di Foggia, ha disposto la verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla ALFA Pass, s.r.l. e, effettuata la verifica, ha aggiudicato l'appalto a detta società.

Il T.A.R. della Puglia, Sede di Bari, I Sezione, in sede cautelare, con l'ordinanza del 5.4.2006, n. 245, ha sospeso gli atti di gara impugnati e ha invitato la stazione appaltante a procedere ad un riesame degli stessi.

Il Comune di Foggia, ha chiesto, quindi, alla ALFA Pass di integrare le giustificazioni già rese.

La commissione aggiudicatrice, riesaminati gli atti e le giustificazioni prodotte dalla ALFA Pass il 21.4.2006, ha aggiudicato nuovamente l'appalto a tale società.

Anche i nuovi provvedimenti sono stati impugnati dalla BETA con motivi aggiunti.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Foggia e la ALFA Pass, opponendosi all'accoglimento del ricorso.

La ALFA Pass ha proposto anche ricorso incidentale.

Il T.A.R. della Puglia, Sede di Bari, 1^a Sezione, con la sentenza del 19.7.2005, n. 2905, ha dichiarato improcedibile il ricorso nella parte relativa alla prima aggiudicazione della gara e lo ha accolto per i motivi aggiunti, annullando il secondo provvedimento di aggiudicazione.

Il Comune di Foggia e la ALFA Pass, con separati appelli, hanno impugnato la sentenza del T.A.R. deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

Resiste all'appello la BETA, che chiede la conferma della sentenza appellata.

All'udienza del 23.1.2007, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

1. – Giova premettere un riepilogo dei fatti della controversia.

Il Comune di Foggia, con bando pubblicato in data 12.12.2005, ha indetto una gara, da effettuarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento per tre anni del "servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per il personale", per un importo annuo di Euro 562.800,00.

Alla gara hanno partecipato due concorrenti, la ALFA Pass, S.p.A., e la BETA, s.r.l.

In relazione all'offerta economica, nel bando è stabilito un punteggio massimo di 45 punti da assegnarsi in relazione alla percentuale di sconto applicato sul valore del buono mensa fissato in Euro 5,165, oltre I.V.A.

All'apertura delle buste, l'offerta economica della Società ALFA Pass è risultata presentare uno sconto del 18,54 per cento, quella della Società BETA uno sconto del 3,85 per cento (mentre le offerte tecniche delle due concorrenti sono state considerate di pari valore, con la conseguente assegnazione di un medesimo punteggio).

La commissione di gara, ritenendo anormalmente bassa l'offerta economica della Società ALFA Pass, ne ha disposto la verifica ai sensi dell'art. 25 del D.Lgs. 17.3.1995, n. 157.

La predetta società ha fornito le proprie giustificazioni con nota del 22.2.2006.

Il responsabile del procedimento di gara, con la nota del 1.3.2006, n. 874, ha ritenuto soddisfacenti tali giustificazioni con le seguenti valutazioni: 1) “l’offerta presentata si è basata sia su considerazioni di carattere strategico sia su valutazioni reddituali e finanziarie che hanno come risultato finale la profittabilità dello sconto offerto unitamente alla garanzia di un servizio qualitativo. Infatti la Ditta ALFA Pass per il servizio di cui trattasi ha ottenuto la certificazione UNI EN ISO 9001 – 2000, comunemente detta VISION 2000, la quale di per sé rappresenta certamente un’attestazione di qualità; 2) la stessa ditta è radicata per la somministrazione del servizio di che trattasi sull’intero territorio nazionale oltre che in alcuni Paesi della Comunità Europea”; 3) non può trascurarsi la motivazione addotta dalla ditta la quale evidenzia che l’aggiudicazione dell’appalto rappresenterebbe un potente propulsore allo sviluppo del potenziale di acquisizione di clienti nell’ambito di una strategia aziendale di espansione, tanto da consentire costi molto contenuti”.

La commissione giudicatrice, richiamando e facendo proprie le considerazioni del responsabile del procedimento (allegandole al verbale dell’8.3.2006), ha quindi deliberato l’aggiudicazione in via provvisoria del servizio oggetto della gara a tale società.

Tale provvedimento e i presupposti atti concernenti la verifica dell’offerta sono stati impugnati dalla Società BETA.

Il T.A.R. della Puglia, Sede di Bari, I Sezione, pronunciandosi in sede cautelare, con l’ordinanza del 5.4.2006, n. 245, ha accolto l’istanza di sospensione della efficacia degli atti impugnati e ha invitato il Comune di Foggia ad un riesame degli stessi, ritenendo non infondate le censure formulate dalla Società ricorrente in ordine alla palese insufficienza delle giustificazioni “che non appaiono basate su alcun concreto, specifico ed attuale elemento economico e finanziario, risolvendosi in mere affermazioni di strategia aziendale, secondo cui la remunerazione della controinteressata deriverà un’ipotetica ovvero auspicata espansione sul mercato con futuro ottenimento di future commesse”.

Il Comune, riesaminata l’offerta della Società ALFA Pass e gli elementi giustificativi prospettati con la nota del 21.4.2006 da detta società, ha confermato, con il provvedimento del 5.5.2006, l’aggiudicazione a detta società sul rilievo che la stessa fosse “in possesso di tutte le garanzie che la rendono affidabile, solvibile e solida (certificazioni rilasciate da vari enti attestanti il fatturato degli ultimi tre esercizi finanziari, polizze assicurative ed idonee referenze bancarie), tanto da garantire all’amministrazione appaltante un servizio qualificato e compatibile con le strategie economiche dell’ente, garantendosi un concreto controinteresse sia sotto l’aspetto meramente economico che quello della sua espansione aziendale”.

Anche il nuovo provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato dalla Società BETA.

La 1^a Sezione di Bari del T.A.R. della Puglia, con la sentenza del 19.7.2005, n. 2905, resa in forma semplificata, ha dichiarato il ricorso della Società BETA improcedibile per quanto concerne l’impugnativa del primo provvedimento di aggiudicazione della gara, lo ha invece accolto riguardo al secondo provvedimento di aggiudicazione.

Il T.A.R. ha poi respinto il ricorso incidentale della Società ALFA Pass.

La ALFA Pass, infatti, aveva proposto ricorso incidentale, impugnando, subordinatamente all’accoglimento dei motivi aggiunti, gli atti gravati con questi ultimi qualora si fosse riscontrata la mancata valutazione delle nuove giustificazioni.

Il T.A.R., infine, ha respinto la richiesta di risarcimento del danno avanzata dalla Società BETA, per genericità della relativa domanda.

Avverso tale sentenza hanno proposto separati appelli il Comune di Foggia e la Società ALFA Pass.

Il Comune di Foggia ha impugnato la sentenza del T.A.R. nella sua interezza, la ALFA Pass per il profilo che ha respinto il suo ricorso incidentale.

La Società BETA resiste all'appello.

2. I due appelli, in quanto proposti avverso la stessa sentenza, possono essere riuniti e definiti con un'unica decisione.

3.- L'appello del Comune di Foggia è infondato nel merito.

La Sezione non si sofferma, pertanto, ed esaminare le eccezioni in rito in ordine alla sua ammissibilità formulate dalla società appellata.

Con i primi cinque motivi di appello, che sostengono tutti una medesima censura, con diverse argomentazioni, il Comune di Foggia, richiamandosi ai principi costantemente affermati dalla giurisprudenza amministrativa in materia di verifica delle offerte anomale, ha dedotto che il T.A.R. non avrebbe dovuto sostituire proprie valutazioni di merito a quelle compiute dall'amministrazione (con "sovrapposizione della decisione T.A.R. alla deliberazione adottata dall'amministrazione"), giacché il giudice amministrativo deve limitarsi ad un esame estrinseco del giudizio conclusivo espresso dall'amministrazione ed intervenire sulla fattispecie al suo esame solo nella eventualità che dalla stessa "dovessero emergere elementi oggettivi dai quali desumere in maniera indubitabile l'illogicità e l'incoerenza della valutazione dell'amministrazione".

Il motivo non è fondato.

I principi richiamati dal Comune appellante non si attagliano minimamente alla fattispecie.

L'annullamento dell'aggiudicazione della gara alla ALFA Pass non è derivato da un apprezzamento negativo dei primi giudici sulle giustificazioni addotte dalla predetta società, contrastanti con il giudizio di congruità manifestato dall'amministrazione, ma dalla circostanza che la ALFA Pass non ha fornito alcun elemento che potesse giustificare il prezzo offerto nella sua oggettività.

L'obiettivo della verifica, infatti, è l'accertamento della congruità del prezzo in base ai parametri indicati nell'art. 25, comma 2, del D.Lgs 17.3.1995, n. 157.

Per tale norma, nell'accertamento della congruità del prezzo, "l'amministrazione aggiudicatrice tiene conto, in particolare, delle giustificazioni riguardanti l'economia del metodo di prestazione del servizio o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone il concorrente per prestare il servizio, oppure l'originalità del servizio stesso, con l'esclusione, peraltro, di giustificazioni concernenti elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori risultano da atti ufficiali".

Nella specie, invece, l'amministrazione, valutando le prime giustificazioni, richieste dalla commissione aggiudicatrice a seguito dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, ha ritenuto che il prezzo anormalmente basso potesse essere legittimato dagli obiettivi strategici denunciati dalla ALFA Pass, che ha spiegato la sua offerta con l'opportunità che le sarebbe

derivata, in caso di aggiudicazione dell'appalto, di entrare nel mercato e di ottenere altri ordinativi (evidentemente come impresa fornitrice di un comune importante quale è il Comune di Foggia).

Nella integrazione delle giustificazioni fornite dalla società appellante, dopo l'invito formulato dal T.A.R. a riesaminare l'offerta, poi, l'amministrazione ha dato rilievo ad elementi dimostrativi della solidità e dell'affidabilità della impresa offerente, senza, neppure questa volta, fare alcun riferimento, neppure generico, ad elementi giustificativi concreti delle ragioni di ordine tecnico ed economico che le hanno consentito di formulare la "bassa" offerta presentata.

L'aggiudicazione di una gara di appalto, con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa, peraltro, non deve essere effettuata a favore di un concorrente solo in considerazione delle sue potenzialità di ordine tecnico ed economico-finanziario, del fatturato pregresso o dalla qualificazione conseguita (quale nella specie la certificazione UNI EN ISO 9001 – 2000, in possesso della ALFA Pass) ma deve essere operata a favore del concorrente che abbia presentato, in relazione all'oggetto specifico della gara, l'offerta più conveniente, e nello stesso tempo seria ed affidabile, per l'amministrazione.

La circostanza addotta dal Comune appellante, secondo cui, nell'effettuazione della integrazione della verifica, l'amministrazione si sarebbe legittimamente attenuta ai criteri indicati dal T.A.R. nella ordinanza di sospensione del 5.4.2006, n. 245, verificando la solidità e l'affidabilità dell'impresa, non è rilevante, non potendo la pronuncia del T.A.R. esonerare l'impresa concorrente dal produrre e l'amministrazione dal controllare, oltre agli aspetti soggettivi indicati da detta pronuncia, anche gli elementi di valutazione richiesti dalla legge, indicati dal citato art. 25 del D.Lgs. n. 157 del 1995.

La sentenza appellata, pertanto, contrariamente a quanto ha prospettato il Comune appellante, non presenta profili di contraddittorietà con la pronuncia cautelare, ammesso che eventuali discordanze tra le due pronunce possano assumere rilievo sulla validità della sentenza.

Va aggiunto, infine, che la giurisprudenza richiamata dal Comune di Foggia, secondo cui sarebbe "sufficiente una motivazione espressa per relationem con rinvio alle giustificazioni validamente fornite dall'offerente" non è attinente alla controversia in esame, giacché nella specie non è stato operato tale rinvio.

E' infondato anche il sesto motivo di appello.

Con tale motivo, il Comune di Foggia ha censurato la sentenza del T.A.R. nel profilo in cui i primi giudici hanno affermato che la commissione giudicatrice avrebbe violato il principio di separazione tra i requisiti di qualificazione necessari per l'ammissione dei concorrenti alla gara (artt. 12 e 17 del D.lg. n. 157 del 1995) e i requisiti richiesti per valutare la congruità dell'offerta (art. 23 del D.Lg. n. 157 del 1995).

Secondo il Comune appellante, il bando di gara già stabiliva tale equiparazione, prevedendo che l'indicazione di elementi relativi ai requisiti delle imprese concorrenti dovessero essere inseriti sia nella documentazione da presentare a corredo delle offerte, sia nei cd. "aspetti tecnico-organizzativi" la cui valutazione costituiva uno dei due momenti in cui era suddivisa la fase dell'aggiudicazione (la seconda costituita dalla valutazione delle offerte in funzione del prezzo più basso).

La valutazione delle caratteristiche soggettive del concorrente, operata dalla commissione di gara in sede di valutazione dell'offerta ritenuta anomala, sempre secondo il Comune appellante, sarebbe stata immune da ogni censura in assenza di una impugnativa del bando di gara.

Il motivo non è fondato giacché l'art. 25 del D.Lgs. n. 157 del 1995, stabilisce che l'amministrazione, nella valutazione delle offerte anomale, deve tener conto di tutte le spiegazioni ricevute, ma queste devono riguardare "le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta".

Il prezzo offerto, pertanto, per essere ritenuto congruo, deve essere sostenuto dalla presenza di quegli elementi di oggettivo rilievo atti a giustificarne il livello eccessivamente basso.

L'art. 25 citato, al secondo comma, stabilisce che l'amministrazione deve tener conto "in particolare" dei parametri di valutazione ivi indicati.

Il settimo motivo di appello si collega ai primi cinque ed è anch'esso da respingere.

La sentenza appellata non rinnega affatto la facoltà dell'amministrazione di svolgere approfondimenti istruttori sulla congruità dei costi del servizio e sulla adeguatezza delle giustificazioni rese dai concorrenti, ma solo ha ritenuto la inconsistenza, come elemento di giustificazione, del rilievo, su cui fonda anche il motivo in esame, secondo cui il prezzo sarebbe da inquadrare "nell'ambito di una strategia aziendale di espansione" per l'aumento delle commesse che sarebbe presumibilmente conseguito a seguito dell'aggiudicazione della gara e che avrebbe comportato una riduzione dei costi di produzione del servizio.

E' evidente che tale prospettiva, ipotizzabile solo in astratto senza alcuna certezza, non può rappresentare la base per una concreta ed attuale valutazione positiva della congruità del prezzo.

5. – Si rivela infondato anche l'appello della ALFA Pass, che ha impugnato la sentenza del T.A.R. nel solo profilo in cui ha affermato che la verifica dell'offerta non poteva essere integralmente ripetuta dopo che il concorrente, richiesto delle giustificazioni, non le aveva fornite o le aveva fornite in misura palesemente inadeguate o insufficienti.

Rileva la Società appellante che l'amministrazione avrebbe dovuto tener conto delle giustificazioni fornite con la nota del 21.4.2006, che presentavano elementi per una più completa verifica della congruità dell'offerta.

Il rilievo della Società appellante si rivela ininfluenza sulla correttezza della sentenza appellata.

Questa, infatti, ha preso in considerazione anche le giustificazioni fornite dalla ALFA Pass sulla reiterazione delle richieste effettuate dall'amministrazione.

Rileva la sentenza che: "mentre nella fase precedente l'amministrazione ha ritenuto congrua l'offerta sulla base di mere valutazioni di strategia aziendale...stavolta, invece, la medesima conclusione è stata raggiunta unicamente sulla base della ritenuta affidabilità economico-finanziaria della stessa impresa (vale a dire che, anziché sulla congruità dell'offerta, è stato espresso un giudizio sull'affidabilità dell'offerente)".

6. - I due appelli riuniti, in conclusione, devono essere respinti.

7. - Le spese del secondo grado del giudizio, tuttavia, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, respinge gli appelli.

Compensa le spese del secondo grado del giudizio,

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 23.1.2007, con l'intervento dei signori:

Sergio Santoro	Presidente
Claudio Marchitello	Consigliere Estensore
Caro Lucrezio Monticelli	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Claudio Marchitello f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9-10-2007

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi

N°. RIC.7217 e 7819/2006

FDG