



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9191 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Markas S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Pietro Adami, Giuseppe Inglese,
con domicilio eletto presso Pietro Adami in Roma, Corso d'Italia, 97;

contro

Istituto Giannina Gaslini Istituto Pediatrico di Ricovero e Cura a Carattere
Scientifico, rappresentato e difeso dagli avv. Daniela Anselmi, Alessio Anselmi,
Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale
Giulio Cesare 14a/4;

nei confronti di

Coopservice Società Cooperativa per azioni, rappresentato e difeso dagli avv.
Ernes Coffrini, Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in
Roma, viale Bruno Buozzi N. 87;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 01530/2013, e quindi della sentenza n. 101/2014, resa tra le parti, concernente affidamento appalto per i servizi integrati economici e tecnici per 6 anni

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Giannina Gaslini Istituto Pediatrico di Ricovero e Cura A Carattere Scientifico e di Coopservice Società Cooperativa Per Azioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2014 il Cons. Pier Giorgio Lignani e uditi per le parti gli avvocati Manzi su delega di Adami, Bertone su delega di Anselmi Daniela, Pafundi, Coffrini e Colarizi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente contenzioso trae origine dalla gara d'appalto indetta il 24 luglio 2012 dall'Istituto Giannina Gaslini, Istituto Pediatrico di ricovero e cura a carattere scientifico di Genova, per l'affidamento dei *“servizi integrati economici e tecnici: pulizia e sanificazione ambientale, disinfestazione derattizzazione e deblattizzazione, movimentazione interna, manutenzione del verde, pulizia delle aree esterne”*, per anni 6 (rinnovabili per ulteriori 3).

Hanno partecipato alla gara numerose ditte e fra queste l'attuale appellante (e già ricorrente in primo grado) Markas s.r.l., che si è classificata seconda, e l'attuale appellata Coopservice società cooperativa per azioni, che si è classificata prima.

2. Markas s.r.l. ha proposto ricorso al T.A.R. Liguria contro l'aggiudicazione dell'appalto a Coopservice, deducendo che l'offerta economica di quest'ultima presentava un vizio che ne avrebbe dovuto comportare l'esclusione. In corso del

giudizio di primo grado Markas ha proposto motivi aggiunti per contestare l'esito favorevole della verifica dell'anomalia dell'offerta di Coopservice.

Nessuna contestazione invece è stata mossa alle valutazioni discrezionali delle offerte tecniche, per le quali Coopservice ha avuto punti 56,58 su 60, mentre Markas ne ha ricevuti 54,35 su 60.

3. Il T.A.R. Liguria si è pronunciato all'esito dell'udienza del 12 dicembre 2013, pubblicando nello stesso giorno il dispositivo n. 1530/2013, con il quale il ricorso (con relativi motivi aggiunti) è stato respinto, con compensazione di spese.

Markas s.r.l. ha proposto appello a questo Consiglio subito dopo la pubblicazione del dispositivo, per ottenerne la sospensiva. Questa è stata accordata dal Collegio con ordinanza 9-10 gennaio 2014 n. 70, con effetto limitato alla sospensione della stipulazione del contratto con l'aggiudicataria in attesa della nuova pronuncia cautelare da emettere a seguito della pubblicazione della sentenza del T.A.R., restando libero l'Istituto committente di provvedere nella sua autonomia all'affidamento della gestione provvisoria del servizio (peraltro risultava che la gestione provvisoria fosse stata affidata a Markas, quale titolare dell'appalto scaduto, sino al 15 gennaio 2014).

Il 22 gennaio 2014 è stata pubblicata dal T.A.R. Liguria la sentenza nel testo integrale (sent. n. 101/2014). Markas ha presentato motivi aggiunti all'appello già pendente, chiedendo nuovamente la sospensione cautelare.

Resistono all'appello Coopservice e l'Istituto Gaslini.

In occasione della trattazione della domanda cautelare in camera di consiglio, il Collegio, sentite le parti, ravvisa le condizioni per la definizione immediata della controversia.

4. I motivi dedotti in primo grado (con il ricorso introduttivo e con l'atto di motivi aggiunti) e riproposti in appello sono apparentemente numerosi, peraltro per effetto di una prospettazione molto analitica e a volte ripetitiva. In effetti si

possono raggruppare intorno a due tematiche essenziali. La prima è quella di un errore di calcolo contenuto nell'offerta economica di Coopservice. La seconda è quella dell'anomalia della stessa offerta Coopservice e della relativa verifica.

La disamina del Collegio sarà dunque riferita alle due tematiche, concentrando, per quanto possibile, la trattazione delle varie questioni inerenti rispettivamente all'una e all'altra.

5. La prima serie di questioni, come detto, riguarda un errore contenuto nell'offerta economica di Coopservice.

5.1. Va premesso che il bando prevedeva un importo annuo a base d'asta di euro 3.530.780,00 più IVA; esso includeva anche gli oneri per la sicurezza, pari ad euro 35.307,80 non soggetti a ribasso.

Tuttavia, la legge di gara disponeva che l'offerta economica venisse redatta su un apposito formulario; di conseguenza doveva essere scomposta in sei voci (rispettivamente: Servizio di pulizia e sanificazione Istituto Gaslini; Servizio di pulizia e sanificazione "ospedale di giorno"; Servizio disinfestazione, derattizzazione, etc.; Servizio movimentazione interna; Servizio manutenzione del verde; Servizio di pulizia delle aree esterne). Per ciascuna di queste sei voci vi era una distinta base d'asta; per ciascuna voce il concorrente doveva indicare il prezzo annuale (IVA esclusa) in cifre ed in lettere, nonché il ribasso percentuale sulla rispettiva base d'asta; e ancora l'importo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso. Infine il concorrente doveva indicare il prezzo totale (annuale) dell'intero contratto, e la percentuale di ribasso complessiva.

5.2. Coopservice ha redatto la sua offerta economica seguendo puntualmente il modulo predisposto; così ha indicato, per ciascuna delle sei voci, il relativo prezzo parziale nonché la percentuale di ribasso sulla rispettiva base d'asta. Infine ha compilato l'ultima parte del formulario, indicando il prezzo totale (euro

3.270.092,41 più gli oneri di sicurezza; vale a dire euro 3.305.399,29 compresi gli oneri di sicurezza) e la percentuale di ribasso sulla base d'asta totale (7,25%).

E' incontrovertito fra le parti che il totale indicato da Coopservice (euro 3.305.399,29 compresi gli oneri di sicurezza) corrisponda esattamente alla somma dei sei prezzi parziali; ed è altrettanto incontrovertito che ciascuno dei sei prezzi parziali indicati corrisponda alla percentuale di ribasso indicata volta per volta con riferimento alla rispettiva base d'asta.

Peraltro, il prezzo totale indicato non è coerente con la percentuale di ribasso indicata da Coopservice nel riepilogo finale. Applicando infatti il ribasso del 7,25%, ne conseguirebbe un importo annuo di euro 3.242.050,47 più 35.307,80 per oneri di sicurezza; totale 3.277.358,27. L'importo totale indicato da Coopservice corrisponde invece alla percentuale di ribasso del 6,39%.

5.3. Riscontrata questa discrepanza, l'Ufficio di gara ha deciso di considerare come offerta di Coopservice il ribasso del 7,25%: ciò nel dichiarato convincimento che, in presenza di due indicazioni contrastanti, debba prevalere quello più favorevole all'amministrazione. Quindi ha aggiudicato provvisoriamente la gara a Coopservice, che aveva conseguito il punteggio più alto.

Successivamente, Coopservice, a mezzo dei propri legali, ha presentato uno scritto di deduzioni, con il quale sosteneva che il modo di procedere doveva essere diverso. Nel contrasto delle due indicazioni non si doveva preferire *a priori* l'importo più favorevole all'amministrazione; si doveva invece ricercare la volontà effettiva dell'offerente, al di là degli eventuali errori di calcolo commessi nella redazione dell'offerta. Seguendo questo metodo, sosteneva ancora Coopservice, era inevitabile concludere che il prezzo veramente offerto era il più elevato (ossia euro 3.305.399,29 compresi gli oneri di sicurezza) giacché questo importo corrisponde esattamente alla somma dei sei prezzi parziali, e ciascuno di questi ultimi corrisponde a sua volta alla percentuale di ribasso indicata con riferimento

alla rispettiva base d'asta. L'indicazione di un ribasso del 7,25% era invece frutto di un evidente errore di calcolo, che poteva e doveva essere percepito come tale, e quindi rettificato, dallo stesso Ufficio di gara.

Il responsabile del procedimento ha accettato l'esposto di Coopservice, mostrando di condividerne la tesi di fondo, e cioè che anche le offerte di gara, come ogni altra dichiarazione negoziale, debbono essere interpretate dal destinatario, superando, ove occorra, gli eventuali errori in cui sia incorso il dichiarante, sempreché questi siano facilmente individuabili. Su richiesta del r.u.p. la commissione di gara ha rettificato l'aggiudicazione a Coopservice, considerando quale offerta valida l'importo più elevato, corrispondente alla somma dei prezzi parziali..

6. Nella vicenda così riepilogata Markas ha ravvisato diversi vizi di procedura e di sostanza. A suo avviso, l'offerta di Coopservice doveva essere senz'altro esclusa, in quanto equivoca, incerta, contraddittoria. In subordine, la stazione appaltante non avrebbe dovuto ammettere la rettifica fatta da Coopservice *a posteriori*, né comunque correggere la sua originaria determinazione; doveva dunque rimanere fermo il ribasso del 7,25%.

Conviene chiarire, per una migliore comprensione dei fatti, che la posizione delle parti nella graduatoria di gara rimane invariata, e Coopservice ha il primo posto, tanto se si ha riguardo all'importo più elevato, quanto se si ha riguardo a quello meno elevato. La ricorrente Markas ha interesse, semmai, ad ottenere l'esclusione di Coopservice dalla gara per l'irregolarità dell'offerta; in caso contrario ha interesse a che si mantenga l'importo meno elevato, perché in tal caso diviene meglio sostenibile la tesi dell'anomalia del prezzo offerto dalla controparte.

7. Questo Collegio ritiene che tutte le censure di Markas, comunque dedotte, siano infondate.

7.1. Ed invero, va confermato il principio di massima (più volte affermato anche da questa Sezione) che le offerte di gara, intese come atto negoziale, sono

suscettibili di essere interpretate alla ricerca della effettiva volontà del dichiarante; con la conseguenza, fra l'altro, che tale attività interpretativa può consistere anche nella individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione e di calcolo. A condizione, s'intende, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente, che non sono ammesse (salva l'ipotesi dell'applicazione dell'art. 46 del codice dei contratti).

7.2. Nel caso in esame, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non vi è stata alcuna dichiarazione integrativa o rettificativa da parte di Coopservice.

L'esposto datato 12 febbraio 2013 non è tale, bensì la sollecitazione all'ente appaltante a rivedere, in via di autotutela, la determinazione presa in un primo tempo riguardo all'interpretazione dell'offerta economica Coopservice. E in tal senso si è orientato l'Istituto, con la nota 20 febbraio 2013 del responsabile del procedimento e con la delibera 22 febbraio 2013 della commissione giudicatrice. Questi atti non fanno riferimento a fonti di conoscenza estranee all'offerta, ma affrontano solo una questione di diritto (se, in caso di indicazioni discordanti, debba prevalere l'importo più favorevole all'amministrazione, o al contrario si debba cercare l'effettiva volontà del dichiarante con gli usuali strumenti interpretativi) e una questione di fatto (se una diligente lettura dell'offerta Coopservice permetta di superare il problema).

7.3. Non vi è stata violazione del principio per cui le offerte ambigue, incerte, etc., debbono essere escluse: tale principio trova applicazione qualora l'ambiguità dell'offerta non sia superabile mediante gli opportuni strumenti interpretativi.

7.4. E' corretta, infine, l'interpretazione da ultimo recepita dalla commissione di gara nella seduta del 22 febbraio 2013, con le seguenti parole: *«Il prezzo complessivo annuale di tutti i servizi, espresso [da Coopservice] sia in cifre che in lettere, corrisponde alla somma dei sei punti in cui l'offerta si è articolata in relazione ai sei servizi in cui è stato suddiviso*

l'appalto (per di più tale prezzo complessivo risulta corrispondente anche in relazione alle singole percentuali di ribasso indicate per ciascun servizio) mentre così non è per il ribasso percentuale complessivo. Nel caso specifico... risulta opportuno dare preminenza alla ricostruzione dell'effettiva volontà della Società [applicando] il principio civilistico dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede, espresso dall'art. 1366 c.c. ... Ci si trova in una situazione di mero errore di calcolo, peraltro palesemente riconoscibile, in cui la reale ed effettiva intenzione della Società è quella di offrire un prezzo di euro 3.305.399,29, e di conseguenza un ribasso del 6,39%».

7.5. Non sarà inutile sottolineare che l'approccio interpretativo rivolto a valorizzare il contenuto effettivo dell'offerta, al di là di un errore di calcolo facilmente rettificabile, permette all'Istituto appaltante di usufruire delle prestazioni della ditta che ha fatto l'offerta migliore sia dal punto di vista tecnico (il punto è pacifico) sia anche da quello economico.

8. Si passa ora all'esame delle questioni riferite all'asserita anomalia del prezzo offerto da Coopservice.

8.1. Va premesso che la verifica dell'anomalia è stata effettuata dall'ente appaltante nel rispetto delle forme prescritte e con riferimento all'importo effettivamente offerto da Coopservice, vale a dire quello corrispondente al ribasso del 6,39% sulla base d'asta. E' vero che vi ha proceduto dopo aver già pronunciato l'aggiudicazione definitiva e dopo che questa era stata impugnata da Markas, ma il T.A.R. giustamente ha dato atto che relativamente all'inerente vizio di procedura si era determinata la cessazione dell'interesse a ricorrere.

Inoltre, non si può dire che costituisca un vizio la circostanza che l'Istituto, dopo aver dato corso tardivamente alla verifica dell'anomalia, abbia "sospeso" l'aggiudicazione definitiva anziché "annullarla"; ed invero, supposto che l'avesse annullata, avrebbe dovuto farlo con riserva di reiterarla in caso di esito positivo della verifica. Non si vede quale differenza abbia avuto, sul piano pratico, la scelta fra l'una e l'altra soluzione.

8.2. Ancora a titolo di premessa, si deve ricordare che le disposizioni in materia di verifica delle offerte anomale, contenute nell'art. 55 della direttiva CE n. 18/2004, e puntualmente recepite dagli artt. 87 e 88 del Codice dei contratti, rispondono primariamente allo scopo di garantire il concorrente contro il pericolo di perdere l'aggiudicazione, a motivo di una supposta anomalia dell'offerta, senza aver potuto dare tutte le giustificazioni del caso e senza che queste siano state debitamente prese in considerazione. In altre parole, le disposizioni in esame (come molte altre delle direttive comunitarie) hanno lo scopo di tutelare la concorrenza e dunque di evitare che gli enti appaltanti possano eluderla eliminando le offerte migliori sotto il pretesto dell'anomalia.

Solo indirettamente e in via di fatto la verifica dell'anomalia tutela l'interesse del secondo graduato a vedere escluso il primo graduato.

E' per questo che la giurisprudenza consolidata afferma che occorre una motivazione analitica e specifica solo nel caso che le giustificazioni vengano respinte, mentre quando vengono accolte è sufficiente che esse vengano richiamate a guisa di motivazione *per relationem*.

Nella stessa logica, la giurisprudenza consolidata afferma che, a seguito dell'impugnativa del secondo graduato, il sindacato giurisdizionale sull'accettazione delle giustificazioni fornite dall'aggiudicatario è ammesso solo con riferimento ai vizi di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza; invero il giudizio di accettazione è espressione di un apprezzamento discrezionale riferito alla convenienza complessiva dell'offerta.

Un terzo principio consolidato in giurisprudenza è che l'eventuale incongruità di taluni prezzi, o di talune voci di costo, non comporta necessariamente l'anomalia dell'offerta nel suo insieme, giacché quello che ha rilevanza determinante è, in ogni caso, l'importo complessivo.

8.3. Fatte queste premesse, sembrerebbe potersi escludere *a priori* che accettando le giustificazioni di Coopservice l'Istituto sia incorso nel vizio di manifesta erroneità ed irragionevolezza.

Ed invero, la percentuale complessiva di ribasso offerta da Coopservice è il 6,39%, mentre quella offerta da Markas è il 5,75%, con un differenziale pari allo 0,64%. In altre parole, fatta pari a 100 la base d'asta, il prezzo offerto da Markas risulta pari a 94,25 e quello offerto da Coopservice pari a 93,61. Ovvero: fatta pari a 100 l'offerta di Markas, quella di Coopservice risulta pari a 99,32.

Peraltro, si deve presupporre che il prezzo offerto da Markas sia pienamente remunerativo e congruo - o comunque che Markas lo ritenga tale. Ma se questo è vero, non si potrà certo sostenere che quello richiesto da Coopservice sia talmente fuori mercato, da rendere macroscopicamente errata la decisione dell'Istituto di accettarlo come congruo. In alternativa, sarebbero fuori mercato entrambe le offerte, ma in tal caso Markas non avrebbe interesse a sollevare la questione.

D'altra parte, il tipo di servizio oggetto del contratto, basato essenzialmente sulla manodopera, non consente di ipotizzare (del resto neppure l'appellante lo afferma) che il prezzo offerto da Markas sia giustificato da soluzioni organizzative e tecnologiche peculiari, tali da rendere improponibile un confronto diretto fra le due offerte economiche.

Queste semplici considerazioni permetterebbero di ritenere superflua una ulteriore disamina degli argomenti spesi da Markas per contestare in dettaglio le giustificazioni di Coopservice.

8.4. A parte ciò (che pure sarebbe dirimente) si osserva che le giustificazioni di Coopservice (nota del 28 maggio 2013, protocollata in entrata il 30 maggio 2013) per ben dodici pagine di testo risultano quanto meno al primo approccio analitiche ed esaurienti, in quanto conteggiano le singole voci di costo, spiegano i criteri con

cui sono state calcolate, e ne dimostrano la congruità e la compatibilità con il prezzo totale richiesto.

8.5. In particolare, per quanto riguarda la manodopera (che incide per oltre il 94% sul totale) i conteggi esposti da Coopservice dimostrano che il costo medio orario corrisponde a quello della tabella del Ministero del Lavoro dell'anno 2012 per la Provincia di Genova.

L'appellante Markas sostiene che si dovesse avere riguardo invece alla tabella ministeriale dell'anno 2013 (leggermente superiore). Ma la doglianza è infondata, perché l'offerta di gara si doveva rapportare alle tabelle note al momento della pubblicazione del bando (e con riferimento alle quali era stata determinata la base d'asta).

Inoltre, nelle proprie giustificazioni, Coopservice ha evidenziato alcune circostanze (ad esempio, l'applicazione di minori aliquote contributive in conseguenza della sua natura di cooperativa) che a suo dire comporterebbero una certa diminuzione effettiva del costo del lavoro, rispetto a quello calcolato. Va notato peraltro che questo particolare aspetto è stato indicato da Coopservice solo *ad abundantiam*, giacché i conteggi analitici esposti non ne tengono conto.

Conclusivamente, l'accettazione delle giustificazioni di Coopservice, per quanto attiene al costo della manodopera, non presenta vizi rilevabili ai fini della legittimità.

8.6. Un'altra contestazione riguarda i conteggi dell'ammortamento delle attrezzature ed apparecchiature. In questo caso l'argomento principale di Markas è che Coopservice ha calcolato gli ammortamenti supponendo un periodo di ammortamento pari ad otto anni, laddove il contratto avrà la durata di sei anni (peraltro con possibilità di rinnovo per altri tre).

La tesi di Markas si basa sul presupposto che la durata del periodo di ammortamento debba corrispondere esattamente alla durata prevista del contratto

(nella specie, peraltro, si è detto che la durata effettiva del contratto potrebbe giungere a nove anni). Questo presupposto si basa però, a sua volta, su un altro presupposto: e cioè che le apparecchiature acquistate da Coopservice per l'occasione siano destinate a restare inutilizzate alla scadenza del contratto. Ma questo secondo (implicito) presupposto è in contrasto con la comune esperienza; invero è ragionevole immaginare che un'impresa di pulizie delle dimensioni di Coopservice, attiva in varie parti del territorio nazionale (come la stessa Markas, del resto), sia in grado di riutilizzare proficuamente per nuovi contratti le apparecchiature non ancora interamente ammortizzate alla fine del primo servizio per il quale sono state acquistate. In effetti anche relativamente al contratto di cui si discute Coopservice ha esposto di prevedere l'impiego, oltre che di apparecchiature acquistate per l'occasione, anche di altre già di sua proprietà. Ciò si può considerare ragionevole, in quanto l'approvvigionamento di attrezzature ed apparecchiature risponde a criteri riferiti non tanto a singoli contratti di servizio quanto alla realtà aziendale nel suo insieme.

8.7. Infine Markas deduce che appare troppo esiguo l'utile previsto da Coopservice. Quest'ultima tuttavia replica che l'utile, benché ridotto, non è nullo; e che trattandosi di cooperativa lo scopo di realizzare utili non si può considerare primario. Aggiunge che la stessa Markas, giustificando in altre gare i propri prezzi, espone percentuali di utili analoghe (se non ancora inferiori).

Le giustificazioni di Coopservice, sotto questo profilo, sono state accettate dall'Istituto Gaslini e il Collegio non ravvisa in questa discrezionale determinazione alcuna manifesta irragionevolezza.

9. In conclusione, l'appello di Markas deve essere interamente respinto. Le spese seguiranno la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) rigetta l'appello. Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado in favore dell'Istituto Gaslini e di Coopservice s.c.p.a., liquidandole in euro 4.000 per ciascuna parte, oltre agli accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente, Estensore

Michele Corradino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)