

Costituisce principio consolidato, in materia di appalti pubblici, quello secondo cui l'interesse al ricorso contro l'aggiudicazione v'è negato in capo al soggetto che sia stato legittimamente escluso perché non conseguirebbe alcun vantaggio dall'annullamento dell'aggiudicazione

Merita di essere segnalato il seguente pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 3097 del 12 giugno 2007

< Né ricorre il temperamento individuato dalla giurisprudenza alla su esposta regola generale: si riconosce, infatti, in capo all'impresa un interesse strumentale, ma comunque concreto e personale alla rimozione degli atti della procedura, allorquando alla gara abbiano partecipato solo due concorrenti, sicché l'annullamento dell'aggiudicazione imporrebbe in ogni caso alla stazione appaltante il rinnovo della gara cui potrebbe partecipare l'escluso>

ma vi è di più

< Quanto alle censure mosse contro la lex specialis (ed ai successivi atti della procedura fino a quello di esclusione) deve osservarsi che esse si appuntano, sostanzialmente, sulla confusione che la stazione appaltante avrebbe operato fra requisiti di ammissione alla procedura e requisiti tecnici delle offerte, nonché sulla mancata attribuzione di taluni punteggi; **da qui la chiara mancanza di interesse ad agire della ricorrente che è stata ammessa a partecipare alla gara (perché ritenuta in possesso degli indispensabili requisiti tecnici), ha ricevuto regolarmente i punteggi per la parte tecnica dell'offerta che è stata giudicata idonea (cfr. verbale n. 499 del 17 febbraio 2003), ma è stata esclusa per l'anomalia dell'offerta economica (che costituisce l'unico provvedimento realmente lesivo della sua posizione giuridica)**>

a cura di Sonia Lazzini

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 384\2004, proposto dalla Società DITTA ALFA s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, ***
contro

Ministero della difesa, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato ex lege domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti di

DITTA BETA s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Ugo Ferrari ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma, via P.A. Micheli n. 78.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione I bis, n. 6385 del 21 luglio 2003.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della difesa e della DITTA BETA s.r.l. (in prosieguo Gemeaz);

viste le memorie prodotte dalle parti appellate a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 22 maggio 2007 la relazione del consigliere Vito Poli, uditi l'Avvocato dello Stato Cosentino e l'avv. Resta du delega dell'avv. Ciampoli;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La Società DITTA ALFA s.p.a. ha partecipato alla gara (relativamente ai lotti 4 e 5), da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'appalto del servizio di preparazione e distribuzione di derrate alimentari nonché di pulizia e riassetto dei locali cucina e refettorio, indetta dal Comando generale dell'Arma dei carabinieri (cfr. bando pubblicato sulla G.U. n. 1 del 2 gennaio 2003).

Esclusa per anomalia dell'offerta (cfr. verbale n. 500/B del 7 marzo 2003) ha impugnato – con ricorso principale ed atto di motivi aggiunti – il bando di gara, la lettera di invito, il giudizio di idoneità tecnica dell'offerta con la relativa attribuzione dei punteggi, il provvedimento di esclusione della propria offerta per anomalia, nonché l'aggiudicazione della gara alla ditta Gemeaz, articolando i seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 157 del 1995, dell'art. 97 Cost., della direttiva 92/50 Cee, violazione del principio della par condicio concorsuale e della massima partecipazione alle gare, eccesso di potere, illogicità, irragionevolezza, iniquità, sproporzione; si contestano il bando di gara e la lettera di invito che non avrebbero distinto nettamente i criteri soggettivi di prequalificazione rispetto agli elementi tecnici che caratterizzano i parametri di selezione delle offerte;

b) eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento in quanto la licitazione privata maschererebbe, in realtà, una trattativa privata atteso il carattere eccessivamente ristretto che di fatto avrebbe assunto la selezione;

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 25, d.lgs. n. 157 cit., eccesso di potere per difetto di motivazione e violazione del giusto procedimento, attesa la mancanza di una adeguata motivazione del giudizio di anomalia dell'offerta economica;

d) violazione e falsa applicazione dell'art. 25, d.lgs. n. 157 cit., dell'art. 19, d.lgs. n. 358 del 1992, della circolare del ministero della difesa 20 marzo 2001, delle direttive Cee in materia, della lex

specialis, eccesso di potere, inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto, manifesta illogicità, travisamento, carenza di istruttoria;

e) violazione e falsa applicazione della lex specialis, degli artt. 35 e 36, l. n. 109 del 1994, del d.lgs. n. 358 del 1992, del d.lgs. n. 157 del 1995, dell'art. 2558 c.c., dell'art. 97 Cost., eccesso di potere, carenza di istruttoria, si contesta la mancata attribuzione, da parte della commissione di gara, di taluni punteggi relativi alla parte tecnica dell'offerta;

f) ha chiesto, infine, il risarcimento di tutti i danni subiti.

1.2. L'impugnata sentenza – T.a.r. del Lazio, sezione I bis, n. 6385 del 21 luglio 2003 -:

a) ha ritenuto prioritario, in ordine logico, l'esame delle censure proposte avverso il giudizio di esclusione dell'offerta per anomalia;

b) ha respinto, con dovizia di argomenti, tutte le relative censure;

c) ha dichiarato improcedibili per carenza di interesse le censure proposte avverso la lex specialis della gara e la sua aggiudicazione alla ditta Gemeaz;

d) ha dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno perché generica e non suffragata dall'accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

e) ha compensato fra le parti le spese di lite.

1.3. Con ricorso notificato il 2 gennaio 2004, e depositato il successivo 16 gennaio, la ditta ALFA proponeva appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r., da un lato contestando la declaratoria di improcedibilità dei motivi rivolti contro il bando, la lettera di invito, gli atti intermedi di gara e l'aggiudicazione, dall'altro riproponendo criticamente le doglianze articolate in prime cure avverso il giudizio di anomalia e la conseguente esclusione.

2. Si costituivano il Ministero della difesa e la Gemeaz deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

3. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 22 maggio 2007.

4. L'appello è infondato e deve essere respinto.

5. Il primo mezzo contrasta l'ordine logico che il T.a.r. ha seguito nell'esaminare i motivi di ricorso.

Il mezzo è inaccoglibile.

Costituisce principio consolidato, in materia di appalti pubblici, quello secondo cui l'interesse al ricorso contro l'aggiudicazione va negato in capo al soggetto che sia stato legittimamente escluso perché non conseguirebbe alcun vantaggio dall'annullamento dell'aggiudicazione (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 16; sez. V, 15 settembre 2003, n. 5189).

Né ricorre il temperamento individuato dalla giurisprudenza alla su esposta regola generale: si riconosce, infatti, in capo all'impresa un interesse strumentale, ma comunque concreto e personale alla rimozione degli atti della procedura, allorquando alla gara abbiano partecipato solo due

concorrenti, sicché l'annullamento dell'aggiudicazione imporrebbe in ogni caso alla stazione appaltante il rinnovo della gara cui potrebbe partecipare l'escluso (cfr. Cons. St., sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657).

Risulta dalla documentazione versata in atti che per i lotti 4 e 5 sono state presentate rispettivamente cinque e quattro offerte.

Quanto alle censure mosse contro la *lex specialis* (ed ai successivi atti della procedura fino a quello di esclusione) deve osservarsi che esse si appuntano, sostanzialmente, sulla confusione che la stazione appaltante avrebbe operato fra requisiti di ammissione alla procedura e requisiti tecnici delle offerte, nonché sulla mancata attribuzione di taluni punteggi; da qui la chiara mancanza di interesse ad agire della ricorrente che è stata ammessa a partecipare alla gara (perché ritenuta in possesso degli indispensabili requisiti tecnici), ha ricevuto regolarmente i punteggi per la parte tecnica dell'offerta che è stata giudicata idonea (cfr. verbale n. 499 del 17 febbraio 2003), ma è stata esclusa per l'anomalia dell'offerta economica (che costituisce l'unico provvedimento realmente lesivo della sua posizione giuridica).

Discende da quanto sopra che rettamente il T.a.r. ha esaminato, in via prioritaria e dirimente, le doglianze sviluppate contro il provvedimento di esclusione dell'offerta per anomalia; conseguentemente rimangono fuori dal *thema decidendum* dell'odierno giudizio di appello gli originari motivi 1°, 2° e 5°.

5.1. Può scendersi all'esame del quarto mezzo di gravame con cui si ripropongono, nella sostanza, il 3° e 4° motivo di ricorso in prime cure, e si contesta, sotto plurimi profili, la congruità e logicità del giudizio di anomalia.

Prima di procedere allo scrutinio delle singole doglianze, sono da premettere, in diritto, alcune brevi considerazioni sul giusto procedimento esigibile in materia di valutazione delle offerte anomale, sulla natura del giudizio di anomalia e non anomalia, sulla consistenza della correlata motivazione, sul sindacato esercitabile dal giudice amministrativo.

Le valutazioni dell'amministrazione compiute in sede di riscontro dell'anomalia delle offerte, costituiscono espressione di un potere di natura tecnico - discrezionale, di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o errori di fatto (cfr. ex plurimis Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435; 7 giugno 2004, n. 3554).

In base al principio di autoresponsabilità, dotato di un particolare ambito applicativo in materia di valutazione delle offerte anomale, deve ritenersi legittimo il giudizio negativo formulato dalla stazione appaltante in considerazione:

- a) del carattere non rigoroso e lineare delle giustificazioni dei costi posti a base dell'offerta esclusa;
- b) dei margini di opinabilità intrinseci all'analisi di tutte o di talune voci di costo (cfr. Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217).

Il dato essenziale è che l'amministrazione prenda in esame analiticamente tutte le giustificazioni e motivi la sua scelta in favore dell'anomalia; ciò non significa però, che una volta che l'impresa sia stata ammessa a giustificarsi in modo analitico e che l'amministrazione abbia confutato in modo parimenti analitico le voci di prezzo, occorra una ulteriore fase valutativa avente ad oggetto, formalmente, l'insieme globale dell'offerta (cfr. sez. IV, n. 3554 del 2004 cit.); si tratterebbe,

infatti, di una attività procedimentale inutile, contrastante con il dovere di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa sancito dalla l. n. 241 del 1990.

5.2. Facendo applicazione dei su esposti principi all'odierna fattispecie emerge ictu oculi l'inammissibilità e l'infondatezza delle singole doglianze mosse al giudizio di anomalia effettuato dalla stazione appaltante.

In primo luogo, sulla scorta dell'esame della documentazione versata in atti, emerge che l'amministrazione ha proceduto ad una rigorosa e completa istruttoria, acquisendo, vagliando e disattendendo, con diffusa e analitica motivazione, tutte le giustificazioni fornite dall'impresa ricorrente, nel pieno rispetto della normativa comunitaria e nazionale, primaria e secondaria; in particolare la commissione ha concentrato la sua attenzione sulla inattendibilità, sotto plurimi profili, dell'individuazione del costo orario della manodopera.

Il ricorrente contesta alla commissione di aver mal considerato i risparmi conseguibili dalla non corresponsione degli scatti periodici di anzianità; sostiene che dovendo assumere solo nuovo personale, e maturando tali scatti di anzianità esclusivamente in favore di personale con un'anzianità lavorativa superiore ai sei anni, tale voce di costo non doveva essere specificata.

La commissione ha adeguatamente motivato il proprio ragionamento facendo riferimento all'obbligo per l'impresa subentrante di assumere una quota parte del personale di quella sostituita; tale obbligo, sancito dall'art. 329 del vigente C.C.N.L. di categoria, sarebbe dunque cogente per tutte le aziende di settore; la ricorrente, pertanto, ha fornito sul punto dati inattendibili e non rigorosi.

L'appellante contesta il computo delle ore medie annue lavorate.

La commissione ha giudicato inattendibile l'abbattimento delle ore annue non lavorate (indicate in 156) rispetto al dato medio (473 ore) indicato nelle tabelle ministeriali di riferimento (d.m. 21 marzo 2001).

In particolare la commissione, con valutazione coerente e ragionevole - manifestazione di insindacabile discrezionalità - ha ritenuto che l'impresa avrebbe dovuto comunque considerare prudenzialmente una maggior perdita di ore lavorate a titolo di gravidanza, infortunio, malattie (tutti eventi non prevedibili) e permessi sindacali. Per quanto attiene a tale ultima voce la commissione ha rilevato l'inattendibilità della giustificazione fornita dall'appellante secondo cui sarebbe insignificante l'omessa considerazione delle ore di lavoro perse a titolo "sindacale" perché quasi tutte le unità produttive non rientrerebbero nei limiti numerici di dipendenti necessari per la costituzione delle rappresentanze sindacali.

Si tratta di una giustificazione inaccettabile che mina la serietà del prezzo offerto nel suo complesso, essendo pacifico che in alcune unità produttive è prevista la presenza di personale sufficiente a rivendicare permessi sindacali.

Parimenti inammissibili ed infondati sono i rilievi mossi all'operato della commissione nella parte in cui ha evidenziato la mancata considerazione degli oneri derivanti dall'I.r.a.p. e dall'I.r.p.e.g. previsti dalle tabelle di cui al già menzionato d.m. 21 marzo 2001.

Già questa sola circostanza di fatto (l'omissione del peso economico di tali imposte in sede di determinazione del costo orario) mina alla radice la serietà dell'offerta; in ogni caso sono assolutamente inaccoglibili le argomentazioni spese dall'appellante per dimostrare che tale

omissione avrebbe una incidenza insignificante e comunque suscettibile di essere assorbita dall'utile lordo dichiarato in modo da consentire comunque il raggiungimento di un significativo profitto.

6. In conclusione l'appello deve essere respinto con la conseguenziale conferma dell'impugnata sentenza.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- condanna la Società DITTA ALFA s.p.a. in proprio e quale mandataria del *** a rifondere in favore del Ministero della difesa e della DITTA BETA s.rl. le spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 4000/00 in favore di ciascuna parte, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 22 maggio 2007, con la partecipazione di:

Gennaro Ferrari - Presidente

Costantino Salvatore - Consigliere

Luigi Maruotti - Consigliere

Pier Luigi Lodi - Consigliere

Vito Poli Rel. Estensore - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Vito Poli Gennaro Ferrari

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo