

Consiglio di Stato, Sez. V, 18/9/2009 n. 5589

Sulla verifica dell'anomalia dell'offerta.

L'anomalia dell'offerta impone una fase di contraddittorio con l'impresa. In base a tale parametro non v'è dubbio che una esclusione dalla gara sulla sola base dell'anomalia dell'offerta non sottoposta a verifica in alcun modo e senza che il concorrente abbia modo di presentare le proprie giustificazioni si porrebbe in evidente contrasto con le indicazioni sopra richiamate.

Il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto.

Materia: appalti / gara

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla società in nome collettivo DITTA EUROTOUR DI GRIMALDI GERARDO (sede non indicata), in persona del signor Gerardo Grimardi, difesa dagli avvocati Lorenzo Lentini e Salvatore e domiciliata in Roma, via Cosseria 2, presso il dottor Placidi;

contro

la società a responsabilità limitata ANGELINO, con sede in Cai-vano, costituitasi in giudizio in persona dell'amministratore unico, signor Lorenzo Angelino, difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte, Francesco Accarino e Renato Magaldi e domiciliata presso il primo in Roma, via degli Avignonesi 5;

e nei confronti

del comune di PAGANI, costituitosi in giudizio in persona del sindaco, difeso dall'avvocato Sergio Perongini e domiciliato in Roma, viale Carso 71, presso l'avvocato Francesco De Santis (studio Arieta);

per la riforma

del sentenza 29 novembre 2007 n. 2846, notificata il 21 gennaio 2008, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Campania, prima sezione interna della sezione staccata di Salerno, ha annullato il procedimento del sindaco di Pagani 20 settembre 2006 n. 1340, di aggiudicazione alla società Ditta Euro-tour di Grimaldi Gerardo dell'appalto del servizio di trasporto scolastico per gli anni scolastici dal 2006 al 2009.

Visto il ricorso in appello, notificato il 22 febbraio e depositato il 4 marzo 2008;

visto il controricorso della società Angelino, depositato l'11 marzo 2008;

visto il controricorso del comune di Pagani, depositato il 14 marzo 2008;

viste le memorie difensive presentate, il 23 aprile 2009 dalla società Angelino e il 29 aprile 2009 dall'appellante;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 5 maggio 2009, il consigliere Fi-loreto D'Agostino, e uditi altresì gli avvocati Visone, per delega di Lentini, e Abbamonte;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Viene in decisione l'appello avverso al sentenza in epigrafe indicata con la quale il Tribunale amministrativo per la Campania sezione staccata di Salerno, ha accolto il ricorso proposto da Angelino s.r.l. avverso la determinazione del competente dirigente del Comune di Pagani che ha aggiudicato

definitivamente all'impresa appellante il servizio di trasporto scolastico per gli anni scolastici 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009.

La pronuncia qui impugnata ha dapprima respinto le doglianze avanzate con ricorso incidentale da Eurotour di Grimaldi Gerardo s.n.c. e ha poi esaminato il ricorso principale, del quale ha ritenuto condivisibile la censura diretta a contestare la mancata produzione dell'analisi dettagliata del costo di esercizio in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

L'appello propone cinque motivi di impugnazione, incentrati i primi tre sul tema della violazione dei principi in tema di esercizio della discrezionalità tecnica, il quarto sul manifesto errore di fatto in ordine alla partecipazione di un professionista ai lavori della Commissione e il quinto sul mancato rispetto dei principi in materia di autocertificazione.

Si oppone alle tesi dell'appellante la società Angelino, con diffuse contestazioni in ordine all'appello principale e con presentazione di appello incidentale rivolto ad affermare la violazione del bando di gara e del capitolato speciale di appalto per mancata esclusione automatica dell'offerta di controparte, per incongruenze ed illegittimità del procedimento di verifica e per asserita violazione dell'articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, attesa l'inidoneità delle dichiarazioni sostitutive rese in carenza di documento di identificazione del dichiarante.

Si è costituito altresì il Comune di Pagani che condivide nella sostanza il punto di vista dell'appellante ed, in questa prospettiva, conclude per l'accoglimento del gravame.

DIRITTO

L'appello principale è fondato e va accolto, previa reiezione dell'appello incidentale proposto da Angelino s.r.l.

L'impresa risultata vincitrice in primo grado ha interposto avverso quella pronuncia tre doglianze.

La prima assume che il bando ed il capitolato, approvati dalla giunta comunale di Pagani con deliberazioni n. 97/2006 e 172/2006, prescrivevano l'automatica esclusione, senza ulteriori formalità, delle offerte che dovessero presentare carattere anormalmente basso, mentre la commissione giudicatrice si è fatta carico di esaminare la proposta dell'odierna appellante, ritenendola congrua.

Per revocare ogni fondamento a tale doglianza è sufficiente richiamare il principio proprio del diritto comunitario e ora definitivamente acquisito dall'ordinamento nazionale secondo il quale l'anomalia dell'offerta impone una fase di contraddittorio con l'impresa.

In base a tale parametro non v'è dubbio che una esclusione dalla gara sulla sola base dell'anomalia dell'offerta non sottoposta a verifica in alcun modo e senza che il concorrente abbia modo di presentare le proprie giustificazioni si porrebbe in evidente contrasto con le indicazioni sopra richiamate.

Ne consegue che le espressioni riprodotte dall'appellante incidentale negli scritti difensivi devono essere interpretate quali possibile esito (esclusione senza ulteriore formalità) di una fase nella quale si è sviluppato il contraddittorio con l'impresa che abbia presentato un'offerta anomala.

Con un secondo ordine di censure si lamenta l'intemperività della presentazione delle giustificazioni e la successiva integrazione, in relazione alle quali si sarebbe dovuto disporre l'esclusione dell'impresa Eurotour.

Si tratta di deduzioni non suffragate da alcun elemento idoneo a individuare, con particolare riguardo al periodo nel quale si è svolta l'attività di verifica (cioè in pieno agosto 2006), un sostanziale e irragionevole protrarsi dei tempi a favore della controparte. Ciò si osserva prescindendo dalla circostanza che l'asserita esclusione in ragione della mancata risposta non è contrassegnata dalla perentorietà dei termini, il che rende evidente l'incongruenza della prospettazione.

Il terzo mezzo dell'appello incidentale deduce una ulteriore causa di mancata esclusione per non essere state accompagnate da documento attestante l'identità del loro autore le dichiarazioni rese alla Commissione giudicatrice, in sede di verifica dell'offerta anomala.

Per respingere la deduzione è sufficiente ricordare che le dichiarazioni e i documenti sono stati presentati all'interno del procedimento di verifica dell'offerta anomala, nel quale l'identificazione dell'offerente e la provenienza dall'impresa deve ritenersi definitivamente acquisita e fissata nella

richiesta di chiarimenti così che simili incombenti in tale fase si presenterebbero come puri (e irragionevoli) aggravii del procedimento.

Relativamente all'appello principale la Sezione ritiene opportuno richiamare l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (C.d.S., IV, 20 maggio 2008, n. 2348; VI, 25 settembre 2007, n. 4933).

Alla stregua degli enunciati parametri non v'è dubbio che la decisione del Giudice di primo grado, di sindacare l'offerta sotto il profilo della mancata alligazione dell'analisi dei costi, rappresenti l'esito di una non consentita valutazione di merito.

In realtà, l'impresa Eurotour aveva dimostrato con documenti e attestazioni tutta una serie di elementi informativi utili alla positiva conclusione della verifica, che possono essere così elencati:

piena disponibilità dei mezzi di trasporto e loro completo ammortamento con l'effetto di rendere meno gravoso l'onere economico;

rapporto di lavoro a tempo indeterminato con gli autisti che consente la loro utilizzazione parziale per il trasporto specifico dell'appalto con minore incidenza sui costi orari;

manutenzione ordinaria degli automezzi affidata direttamente al titolare e ai familiari di quest'ultimo con ovvia riduzione della spesa;

proprietà dell'immobile utilizzato per il parcheggio degli auto-mezzi e di un'autocisterna per lo stoccaggio del gasolio per auto-trazione, con sicuri risparmi gestionali;

uso di mezzi che consumano meno degli ordinari autobus con particolare riferimento ai costi del chilometraggio.

A fronte di tali dati obiettivamente dimostrati, la richiesta di un'analisi specifica dei costi (cioè l'esatta dimensione quantitativa dei risparmi e delle riduzioni) fuoriesce evidentemente dal novero del sindacato ammesso in sede di legittimità e finisce per conculcare il libero convincimento che i seggi di gara possono raggiungere in ordine alla validità economica delle proposte contrattuali.

Analizzando i costi evidenziati, le misure degli ammortamenti, l'incidenza delle spese generali, il costo degli accompagnatori il Tar Campania ha inconsapevolmente sostituito le proprie valutazioni a quelle dell'organo a ciò deputato introducendo un inammissibile sindacato di merito in subiecta materia.

Va altresì chiarito che i lavori della Commissione non sono stati inficiati da presenza di estranei.

E' in atti la prova che l'ingegner Califano, che ha determinato il costo chilometrico posto a base di gara, è dipendente del Comune di Pagani e che lo stesso ha prestato la propria opera nell'ambito del rapporto di leale collaborazione che gli uffici debbono all'organo straordinario costituito dal seggio di gara.

Il giudizio in ordine al difetto di adeguata giustificazione dell'anomalia dell'offerta rappresenta esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica non suscettibile di sindacato giurisdizionale, ove non affetto da deficienze istruttorie, errori fattuali o incongruenze logico-motivazionali.

Le spese seguono la soccombenza, e si liquidano in 4.000 euro (2.000 per ciascun grado di giudizio) a favore dell'appellante altrettanti a favore del Comune di Pagani.

Per questi motivi

accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla società Angelino. Condanna la società Angelino al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in quattromila euro a favore della società appellante ed altrettante a favore del comune di Pagani.

Ordina al comune di Pagani di dare esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma il 5 maggio 2009 dal collegio costituito dai signori:

Raffaele Carboni Presidente

G.Paolo Cirillo Consigliere

Filoreto D'Agostino Consigliere est.

Marzio Branca Consigliere
Aniello Cerreto Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
f.to Filoreto D'Agostino f.to Raffaele Carboni

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 18 settembre 2009
(Art. 55,L. 27/4/1982,n. 186)

IL DIRIGENTE
f.to Elisabetta Argiolas

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)