

E' evidente, stante la lettera e la ratio della norma di cui all'articolo 83 del codice dei contratti, che la stazione appaltante, in parte qua, esercita una valutazione di merito ampiamente discrezionale per la cura dei propri interessi, sostanzialmente insindacabile da parte del giudice amministrativo che non è munito di giurisdizione di merito. A norma dell'articolo 48, 2 comma, del codice dei contratti è corretto che l'aggiudicataria dimostri il reale possesso dei requisiti di ordine speciale dopo l'aggiudicazione (se ovviamente non precedentemente sorteggiata, come dispone il primo comma sempre dell'articolo 48)

La previsione di un criterio matematico al solo fine di individuare le offerte da ritenere sospette e da sottoporre a verifica in contraddittorio è perfettamente compatibile con il diritto comunitario.? Può il giudice amministrativo, in accoglimento di un ricorso di primo grado, valutare direttamente l'anomalia dell'offerta dell'impresa aggiudicataria, dando per presupposto l'obbligo della stazione appaltante di procedere in contraddittorio alla verifica di anomalia?

La risposta affermativa ci arriva dal Consiglio di stato per il quale < Lo scopo della disciplina nazionale è infatti la limitazione della discrezionalità dell'amministrazione, al fine di prevenirne abusi, e, al tempo stesso, la salvaguardia dell'efficienza di quest'ultima._Il fine del diritto comunitario, nel disciplinare le offerte anomale, è la salvaguardia della libera concorrenza tra le imprese. E' sufficiente, allo scopo, la previsione della verifica in contraddittorio delle offerte ritenute anomale, mentre non lede la libera concorrenza la indicazione di criteri matematici per stabilire quando un'offerta vada sottoposta a verifica; al contrario, la limitazione della discrezionalità dell'amministrazione, e l'indicazione di un criterio uniforme per tutto il territorio nazionale per stabilire se un'offerta vada sottoposta a verifica, comporta maggiori garanzie di parità di trattamento degli operatori economici, e, in ultima analisi, del rispetto della libera concorrenza._La legittimità della soglia matematica di individuazione delle offerte da sottoporre a verifica di anomalia è compatibile con il diritto comunitario a condizione di interpretarla nel senso che la stessa non impedisca comunque alla amministrazione di sottoporre, discrezionalmente, a verifica di anomalia le offerte che si collocano al di sotto della soglia ma che destino ugualmente sospetti._Sul punto il codice dei contratti – art. 86, co. 3 - recepisce l'orientamento della giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. 27 novembre 2001, nn. 285 – 286/99) e nazionale (Cons. St., sez. IV, 20 marzo 2000, n. 1470) stabilendo che <<in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa>>.

Merita di essere segnalata la decisione numero 6290 del 17 dicembre 2008, inviata per la sua pubblicazione in data 7 gennaio 2009, emessa dal Consiglio di Stato e della quale riportiamo il seguente passaggio conclusivo:

< Da qui l'erroneità della statuizione del T.a.r. che ha trasformato una potestà discrezionale dell'amministrazione in un obbligo non previsto da alcuna disposizione di legge o principio comunitario.

Per completezza, in accoglimento di specifico ulteriore mezzo di gravame proposto dalla provincia di Piacenza, si deve dare atto che il primo giudice ha esorbitato dai limiti della giurisdizione di legittimità esercitabile in questo tipo di controversie, sostituendosi completamente alle valutazioni riservate che la stazione appaltante effettua allorché verifica le giustificazioni presentate dall'impresa sottoposta a verifica di anomalia.>

Ma non solo

< Il secondo motivo è inammissibile ed infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

Il motivo è infondato perché, **in linea generale e secondo un costante insegnamento della giurisprudenza di questa sezione, il punteggio numerico ben può essere ritenuto sufficiente ad esternare e sostenere il giudizio della commissione sulle singole offerte allorquando, come nel caso di specie, la lex specialis della gara abbia predeterminato in modo puntuale i criteri di valutazione degli elementi tecnici**; inoltre la commissione, prima di aprire le buste contenenti le offerte tecniche, ha provveduto ad una ulteriore specificazione dei criteri di assegnazione dei punteggi di cui al punto a.3 dell'art. 10 del capitolato (cfr. verbale della seduta riservata del 25 ottobre 2006 aperto alle ore 12.15, nei confronti del quale non sono state formulate specifiche censure).

Ma il motivo è anche inammissibile nella parte in cui impinge il merito delle valutazioni discrezionali rimesse in via esclusiva al seggio di gara chiedendo nella sostanza al giudice amministrativo, privo di giurisdizione di merito in subjecta materia, di sostituirsi alla stazione appaltante.>

Ed ancora

<Miglior sorte non tocca al quinto motivo dell'originario ricorso.

In puntuale osservanza delle prescrizioni formulate dall'art. 5 del disciplinare, l'impresa aggiudicataria ha inserito nella busta A – concernente i documenti di ammissione - una dichiarazione in cui si attestava di aver eseguito per la pubblica amministrazione nel triennio 2003 – 2005, attività nel settore dell'agricoltura o attività di monitoraggio, programmazione o pianificazione in campo agricolo, per un importo complessivo pari almeno alla base d'asta dell'appalto.

Conseguentemente è del tutto irrilevante che nella busta B – concernente l'offerta tecnica - la ricorrente non abbia rinvenuto la predetta dichiarazione.

Parimenti fisiologica è la circostanza che l'aggiudicataria abbia dimostrato il possesso sostanziale del requisito in parola in sede di verifica della regolarità della propria domanda ai sensi dell'art. 48 codice dei contratti>

Ecco la norma a cui si riferisce la fattispecie in oggetto

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

(...)

Art. 86. Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse
(art. 21, co. 1-bis, legge n. 109/1994; art. 64, co. 6 e art. 91, co. 4, d.P.R. n. 554/1999; art. 19, d.lgs. n. 358/1992; art. 25, d.lgs. n. 157/1995; art. 25, d.lgs. n. 158/1995)

1. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato

all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

2. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. *(comma introdotto dall'articolo 1, comma 909, lettera a), legge n. 296 del 2006, poi così sostituito dall'articolo 8, comma 1, legge n. 123 del 2007)*

3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta. *(comma introdotto dall'articolo 8, comma 1, legge n. 123 del 2007)*

4. Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3.

5. Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.

A cura di Sonia Lazzini

N.6290/08 REG.DEC.

N.9708 REG. RIC.

ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 9708\2007, proposto dalla Provincia di Piacenza, in persona del presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonino Cella e Paolo de Camelis, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Azuni n.9;

contro

ALFA società cooperativa a mutualità prevalente, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Prosperetti e Domenico Tomasetti, domiciliato in Roma, via Pierluigi da Palestrina n. 19;

e nei confronti di

BETA. Italia s.c. BETA1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, n. 423 del 7 novembre 2007.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio, ed il contestuale appello incidentale, della ALFA società cooperativa a mutualità prevalente;

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

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza dell'11 novembre 2008 la relazione del consigliere Vito Poli, uditi gli avvocati De Camelis e Morrone su delega dell'avvocato Tomasetti;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Piacenza ha indetto una gara di appalto di servizi, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativi alle <<*attività connesse al piano regionale di sviluppo rurale, Asse 2 ambiente, sottoasse agroambiente, Misure 2E - 2F, Utenti motori agricoli, OCM ortofrutta, controllo fisico prodotto trasformato, Vitivinicoltura. Catasto vitivinicolo e Flavescenza dorata*>> (cfr. bando approvato con determinazione n. 1623 del 10 agosto 2006).

L'appalto è stato aggiudicato in via definitiva alla BETA. Italia s.c. BETA1 (cfr. determinazione n. 2490 del 30 novembre 2006).

Al secondo posto si è classificata la ALFA società cooperativa a mutualità prevalente (in prosieguo ALFA) che è insorta davanti al T.a.r. per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, deducendo le seguenti censure:

- a) illegittimità, per assoluta illogicità e per violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 - c.d. codice dei contratti - dell'art. 8 del disciplinare di gara;
- b) violazione e falsa applicazione del codice dei contratti e della legge n. 241 del 1990, sotto il profilo che le offerte tecniche sono state valutate mediante l'attribuzione del solo punteggio numerico che si rivela comunque incongruo;

- c) irrazionalità ed illogicità dei punteggi attribuiti alle categorie a)1, a)2 e a)3;
- d) violazione dell'art. 87, codice dei contratti, sotto il profilo che la stazione appaltante non ha riscontrato l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria;
- e) violazione dell'art. 5 del disciplinare di gara che impone alle concorrenti di inserire nella busta A – documenti di ammissione - una dichiarazione in cui si attesta di aver eseguito per la pubblica amministrazione nel triennio 2003 – 2005, attività nel settore dell'agricoltura o attività di monitoraggio, programmazione o pianificazione in campo agricolo, per un importo complessivo pari almeno alla base d'asta dell'appalto; nella specie si deduce che l'aggiudicataria non avrebbe inserito nella busta B – relativa all'offerta tecnica – la dichiarazione in questione e che, in ogni caso, tale requisito non avrebbe potuto essere dimostrato successivamente alla data di presentazione delle offerte, in sede di controllo dei requisiti.

2. L'impugnata sentenza:

- a) ha respinto le eccezioni di inammissibilità e tardività del ricorso di primo grado (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);
- b) ha respinto il primo motivo di ricorso (anche tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);
- c) ha accolto il quarto motivo valutando direttamente l'anomalia dell'offerta dell'impresa aggiudicataria, dando per presupposto

l'obbligo della stazione appaltante di procedere in contraddittorio alla verifica di anomalia;

d) ha assorbito gli ulteriori motivi;

e) ha condannato l'amministrazione al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese di lite.

3. Con ricorso notificato il 30 novembre 2007, e depositato il successivo 10 dicembre, la Provincia di Piacenza ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. confutando analiticamente tutti i capi sfavorevoli di merito; in particolare, ha dedotto l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 86 co. 3, codice dei contratti nonché la genericità delle censure articolate nel quarto motivo del ricorso di prime cure (pagine 3 e 9 dell'atto di appello).

4. Si è costituita la società ALFA deducendo l'infondatezza del gravame, in fatto e diritto, proponendo altresì appello incidentale per contestare l'entità delle somme liquidate sia a titolo di risarcimento del danno che a titolo di refusione delle spese processuali.

5. Con ordinanza cautelare di questa sezione n. 714 del 12 febbraio 2008 è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza *<<avuto riguardo all'aspetto del danno per essere esigua la somma liquidata a favore della controparte....>>*.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica dell'11 novembre 2008.

6. L'appello principale è fondato e deve essere accolto.

L'impugnata sentenza ha ritenuto che nel caso di specie la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere allo scrutinio di anomalia dell'offerta aggiudicataria a mente dell'art. 86, co.3, codice dei contratti pubblici stante il peculiare oggetto del contratto in contestazione.

La tesi non può essere accolta.

In fatto giova precisare che la stazione appaltante, dopo aver stilato la graduatoria della gara, ha proceduto al rilievo della soglia di anomalia accertando che non si realizzava la condizione di cui all'art. 86, co.2, codice dei contratti (nel testo applicabile *ratione temporis*) secondo cui: <<nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara>> (cfr. determinazione del responsabile del procedimento datata 24 novembre 2006).

La previsione di un criterio matematico al solo fine di individuare le offerte da ritenere sospette e da sottoporre a verifica in contraddittorio è perfettamente compatibile con il diritto comunitario.

Lo scopo della disciplina nazionale è infatti la limitazione della discrezionalità dell'amministrazione, al fine di prevenirne abusi, e, al tempo stesso, la salvaguardia dell'efficienza di quest'ultima.

Il fine del diritto comunitario, nel disciplinare le offerte anomale, è la salvaguardia della libera concorrenza tra le imprese. E' sufficiente, allo scopo, la previsione della verifica in contraddittorio delle offerte ritenute anomale, mentre non lede la libera concorrenza la indicazione di criteri matematici per stabilire quando un'offerta vada sottoposta a verifica; al contrario, la limitazione della discrezionalità dell'amministrazione, e l'indicazione di un criterio uniforme per tutto il territorio nazionale per stabilire se un'offerta vada sottoposta a verifica,

comporta maggiori garanzie di parità di trattamento degli operatori economici, e, in ultima analisi, del rispetto della libera concorrenza.

La legittimità della soglia matematica di individuazione delle offerte da sottoporre a verifica di anomalia è compatibile con il diritto comunitario a condizione di interpretarla nel senso che la stessa non impedisca comunque alla amministrazione di sottoporre, discrezionalmente, a verifica di anomalia le offerte che si collochino al di sotto della soglia ma che destino ugualmente sospetti.

Sul punto il codice dei contratti – art. 86, co. 3 - recepisce l'orientamento della giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. 27 novembre 2001, nn. 285 – 286/99) e nazionale (Cons. St., sez. IV, 20 marzo 2000, n. 1470) stabilendo che *<<in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa>>*.

E' evidente, stante la lettera e la *ratio* della norma da ultimo richiamata, che la stazione appaltante, *in parte qua*, esercita una valutazione di merito ampiamente discrezionale per la cura dei propri interessi, sostanzialmente insindacabile da parte del giudice amministrativo che non è munito di giurisdizione di merito.

Da qui l'erroneità della statuizione del T.a.r. che ha trasformato una potestà discrezionale dell'amministrazione in un obbligo non previsto da alcuna disposizione di legge o principio comunitario.

Per completezza, in accoglimento di specifico ulteriore mezzo di gravame proposto dalla provincia di Piacenza, si deve dare atto che il primo giudice ha esorbitato dai limiti della giurisdizione di legittimità esercitabile in questo tipo di controversie, sostituendosi completamente alle valutazioni riservate che la stazione appaltante effettua allorché verifica le giustificazioni presentate dall'impresa sottoposta a verifica di anomalia.

7. L'accoglimento dell'appello principale impone l'esame dei motivi assorbiti dal T.a.r. ma espressamente richiamati e devoluti dalla ALFA alla cognizione di questo Consiglio.

7.1. Il secondo motivo è inammissibile ed infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

Il motivo è infondato perché, in linea generale e secondo un costante insegnamento della giurisprudenza di questa sezione, il punteggio numerico ben può essere ritenuto sufficiente ad esternare e sostenere il giudizio della commissione sulle singole offerte allorquando, come nel caso di specie, la *lex specialis* della gara abbia predeterminato in modo puntuale i criteri di valutazione degli elementi tecnici; inoltre la commissione, prima di aprire le buste contenenti le offerte tecniche, ha provveduto ad una ulteriore specificazione dei criteri di assegnazione dei punteggi di cui al punto a.3 dell'art. 10 del capitolato (cfr. verbale della seduta riservata del 25 ottobre 2006 aperto alle ore 12.15, nei confronti del quale non sono state formulate specifiche censure).

Ma il motivo è anche inammissibile nella parte in cui impinge il merito delle valutazioni discrezionali rimesse in via esclusiva al seggio di gara chiedendo nella sostanza al giudice amministrativo, privo di giurisdizione di merito *in subiecta materia*, di sostituirsi alla stazione appaltante.

7.2. Parimenti inammissibile, per le medesime ragioni illustrate nel punto precedente, è il terzo motivo con cui si contestano i punteggi singolarmente assegnati nelle varie categorie.

Il motivo è comunque infondato anche nel merito sia per la sua genericità complessiva sia perché, avuto specifico riguardo all'elemento tecnico concernente il <<numero dei collaboratori previsti>>, si assume, in contrasto con la *lex*

specialis, che non avrebbero potuto trovare ingresso contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato *part time*.

7.3. Miglior sorte non tocca al quinto motivo dell'originario ricorso.

In puntuale osservanza delle prescrizioni formulate dall'art. 5 del disciplinare, l'impresa aggiudicataria ha inserito nella busta A – concernente i documenti di ammissione - una dichiarazione in cui si attestava di aver eseguito per la pubblica amministrazione nel triennio 2003 – 2005, attività nel settore dell'agricoltura o attività di monitoraggio, programmazione o pianificazione in campo agricolo, per un importo complessivo pari almeno alla base d'asta dell'appalto.

Conseguentemente è del tutto irrilevante che nella busta B – concernente l'offerta tecnica - la ricorrente non abbia rinvenuto la predetta dichiarazione.

Parimenti fisiologica è la circostanza che l'aggiudicataria abbia dimostrato il possesso sostanziale del requisito in parola in sede di verifica della regolarità della propria domanda ai sensi dell'art. 48 codice dei contratti.

8. La reiezione di tutti i motivi dell'originario ricorso di primo grado priva la ALFA dell'interesse alla coltivazione dell'appello incidentale, incentrato essenzialmente sulla erronea liquidazione del danno derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

9. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere l'appello principale e dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse quello incidentale.

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

P.Q.M.

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

- accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, respinge *in toto* il ricorso di primo grado;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- condanna la ALFA società cooperativa a mutualità prevalente a rifondere in favore della Provincia di Piacenza le spese, le competenze e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio che liquida in complessivi euro 8.000/00 oltre accessori come per legge (12,50% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'11 novembre 2008, con la partecipazione di:

Domenico La Medica	- Presidente
Filoreto D'Agostino	- Consigliere
Aniello Cerreto	- Consigliere
Vito Poli Rel. Estensore	- Consigliere
Francesco Caringella	- Consigliere

ESTENSORE

f.to Vito Poli

IL PRESIDENTE

f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 17/12/2008

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

P. IL DIRIGENTE

F.to Gaetano Navarra