

E' corretto affermare che bisogna escludere il potere di una Stazione appaltante di far, automaticamente, discendere dall'ammissione alla valutazione di una sola ditta la decisione di non aggiudicare la gara?

Autore: Lazzini Sonia

In: Coperture assicurative

E' stato da tempo chiarito che la normativa prevista dall'art. 69 R.D. 23 maggio 1924, n. 827 - secondo cui non può procedersi all'aggiudicazione in caso di presentazione di una sola offerta - non può essere assimilata alle ipotesi di gara cui risulta ammessa una sola offerta, per essere state le altre escluse in relazione a violazioni delle regole fissate dal bando: il potere di non aggiudicare l'appalto, sempre riconosciuto la giurisprudenza e oggi espressamente previsto dall'articolo 55 del decreto legislativo n. 163/2006 , si collega ad un giudizio di non convenienza o di non appropriatezza dell'offerta aggiudicataria

Merita di essere segnalata la particolare fattispecie decisa nella sentenza numero 317 del 21 febbraio 2008 emessa dal Tar Puglia, Bari

In essa si analizzano i motivi per cui una Stazione appaltante ha deciso di non aggiudicare un appalto a cui ha partecipato una sola impresa:

< Nella loro analisi bisogna innanzitutto comprendere le finalità perseguite con la gara dal Consorzio. Il medesimo intendeva appunto, attraverso l'affidamento della gestione all'esterno, permettere l'utilizzazione di un impianto già realizzato, in conformità agli scopi per i quali era stato finanziato e costruito (e quindi soprattutto a servizio delle attività industriali insediate nella zona di Lucera); esso però non intendeva addossarsi l'onere del suo funzionamento e anzi si prefiggeva di ottenere dalla gestione privata dell'impianto un ritorno economico.

Alla luce di queste premesse si deve vagliare la legittimità dell'operato del Consorzio, il quale, approvando i lavori della commissione, ha fatto proprie le perplessità espresse nei verbali, con la relativa proposta di non aggiudicare, e nel contempo ha così anche adeguatamente motivato, per relationem, la propria determinazione.

In particolare, in primo luogo, la commissione aveva osservato che i costi delineati nella relazione dell'impresa erano tripli rispetto quelli risultanti come sostenuti nell'impianto di Foggia.

In sé, in realtà, il dato non è né determinante né inequivoco, potendo dipendere da una serie di fattori, la cui sussistenza e valenza non è stata approfondita dall'Amministrazione.

In secondo luogo, emerge dai verbali che la Società partecipante non aveva fissato le tariffe da praticare per il trattamento dei rifiuti liquidi dei terzi, ovvero di quelli non canalizzati nel sistema fognario del Consorzio, ma conferiti tramite autobotti

(...)

La mancata indicazione della tariffa quindi è in sé certamente idonea a giustificare la decisione di non addvenire all'aggiudicazione..>

Queste sono le attuali norme di riferimento:

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. 55. Procedure aperte e ristrette

(artt. 3 e 28, dir. 2004/18; artt. 19, 20, 23, legge n. 109/1994; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 6, d.lgs. n. 157/1995; art. 76, d.P.R. n. 554/1999)

1. Il decreto o la determina a contrarre, ai sensi dell'articolo 11, indica se si seguirà una procedura aperta o una procedura ristretta, come definite all'articolo 3.

2. Le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. Il bando di gara indica il tipo di procedura e l'oggetto del contratto, e fa menzione del decreto o della determina a contrarre.

4. Il bando di gara può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno aperte. Quando il bando non contiene tale previsione, resta comunque ferma la disciplina di cui all'articolo 81, comma 3.

5. Nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara.

6. Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito. Alle procedure ristrette, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'articolo 62 e dall'articolo 177.

(comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lettera o), d.lgs. n. 113 del 2007)

(...)

Sezione V - Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse

Art. 81. Criteri per la scelta dell'offerta migliore

(art. 53, dir. 2004/18; art. 55, dir. 2004/17; art. 19, d.lgs. n. 358/1992; art. 21, legge n. 109/1994; art. 23, d.lgs. n. 157/1995; art. 24, d.lgs. n. 158/1995)

1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

A cura di Sonia LAzzini

N. 00317/2008 REG.SEN.

N. 00730/2007 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 730 del 2007, proposto dalla ALFA Floriano e Figli Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Guido Rodio, con domicilio eletto in Bari, via Putignani, 168;

contro

il Consorzio per lo Sviluppo industriale e i Servizi reali alle imprese della provincia di Foggia, non costituito;

la Commissione per l'affidamento del servizio gestionale dell'impianto depurativo dell'ASI di Lucera, non costituita;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della deliberazione del Commissario straordinario 8 febbraio 2007 n. 5 (notificata, insieme con i verbali di gara, in data 5 aprile 2007), con la quale si è deciso di non procedere all'aggiudicazione in favore della

ricorrente della gara per l'affidamento del servizio gestionale dell'impianto depurativo nell'agglomerato industriale ASI di Lucera, nonché di ogni altro atto a questo presupposto, connesso o conseguente e, in particolare, dei verbali della commissione di aggiudicazione del predetto servizio.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2008 la dott. Giuseppina Adamo e udito per la parte il difensore come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Consorzio ASI di Foggia ha bandito, in data 2 febbraio 2006 e 3 marzo 2006, una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio gestionale dell'impianto depurativo nell'agglomerato industriale ASI di Lucera, cui hanno partecipato 4 imprese, tra le quali la ricorrente, risultata l'unica ammessa. Tale procedura si è conclusa, da parte della commissione aggiudicatrice, con la proposta di non aggiudicazione

della gara, accolta dal Commissario straordinario, con deliberazione 8 febbraio 2007 n. 5, in questa sede impugnata alla stregua degli seguenti motivi:

I) violazione, erronea interpretazione e falsa applicazione di legge (articolo 69 del regio decreto n. 827/1924, in relazione alle prescrizioni del bando di gara; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, eccesso di potere per erronea presupposizione, ingiustizia manifesta; illegittimità propria e derivata;

II) violazione, erronea interpretazione e falsa applicazione delle prescrizioni del bando di gara; eccesso di potere per carente e contraddittoria motivazione, difetto d'istruttoria, erronea presupposizione, ingiustizia manifesta; illegittimità propria e derivata.

In sintesi, da un lato, la società dubita che possa essere posto a base della decisione di non procedere all'aggiudicazione l'articolo 69 del regio decreto n. 827/1924 (perché non applicabile alla specifica tipologia di gara e a una procedura che non può rientrare nella qualificazione di "deserta"), dall'altro, contesta che abbiano fondamento i rilievi della commissione in ordine all'onerosità della tariffa e alla presunta mancata indicazione della tariffa d'applicare sui rifiuti conferiti da terzi.

Con apposita memoria, l'istante ha ribadito le proprie argomentazioni difensive, in vista dell'udienza del 9 gennaio 2008, nella quale la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

Preliminarmente occorre ricordare- perché utile nell'esame della fattispecie- che la giurisprudenza ha costantemente affermato il principio secondo cui deve escludersi l'illegittimità dell'atto amministrativo, fondato su una pluralità di autonomi motivi, quando ne esista almeno uno idoneo a sostenere l'atto stesso (Cons. Stato, Sez. IV, 26 gennaio 1998, n. 69; 29 gennaio 1998, n. 102; 30 maggio 2005, n. 2767; 26 aprile 2006, n. 2307; V Sez., 4 novembre 1997, n. 1230; 20 dicembre 2002, n. 7251; 18 gennaio 2006, n. 110; VI Sez., 3 novembre 1997, n. 1569).

Il primo motivo è fondato.

Invero, è stato da tempo chiarito che la normativa prevista dall'art. 69 R.D. 23 maggio 1924, n. 827 - secondo cui non può procedersi all'aggiudicazione in caso di presentazione di una sola offerta - non può essere assimilata alle ipotesi di gara cui risulta ammessa una sola offerta, per essere state le altre escluse in relazione a violazioni delle regole fissate dal bando (Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4210; CGAS, 21 settembre 2006, n. 530; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 23 gennaio 2007, n. 193).

A tal punto, escluso che il Consorzio potesse automaticamente far discendere dall'ammissione alla valutazione di una sola ditta la decisione di non aggiudicare la gara, debbono essere considerate le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione a non assegnare la gestione dell'impianto di depurazione, in base a una propria scelta discrezionale.

Tale potere, sempre riconosciuto la giurisprudenza e oggi espressamente previsto dall'articolo 55 del decreto legislativo n. 163/2006 (e in realtà non negato neppure dalla stessa ricorrente), si collega ad un giudizio di non convenienza o di non appropriatezza dell'offerta aggiudicataria.

Sulla plausibilità di tale scelta in concreto si appuntano le censure della società dedotte con il secondo motivo.

Nella loro analisi bisogna innanzitutto comprendere le finalità perseguite con la gara dal Consorzio. Il medesimo intendeva appunto, attraverso l'affidamento della gestione all'esterno, permettere l'utilizzazione di un impianto già realizzato, in conformità agli scopi per i quali era stato finanziato e costruito (e quindi soprattutto a servizio delle attività industriali insediate nella zona di Lucera); esso però non intendeva addossarsi l'onere del suo funzionamento e anzi si prefiggeva di ottenere dalla gestione privata dell'impianto un ritorno economico.

Alla luce di queste premesse si deve vagliare la legittimità dell'operato del Consorzio, il quale, approvando i lavori della commissione, ha fatto proprie le perplessità espresse nei verbali, con la relativa proposta di non aggiudicare, e nel contempo ha così anche adeguatamente motivato, per relationem, la propria determinazione.

In particolare, in primo luogo, la commissione aveva osservato che i costi delineati nella relazione dell'impresa erano tripli rispetto quelli risultanti come sostenuti nell'impianto di Foggia.

In sé, in realtà, il dato non è né determinante né inequivoco, potendo dipendere da una serie di fattori, la cui sussistenza e valenza non è stata approfondita dall'Amministrazione.

In secondo luogo, emerge dai verbali che la Società ALFA Floriano non aveva fissato le tariffe da praticare per il trattamento dei rifiuti liquidi dei terzi, ovvero di quelli non canalizzati nel sistema fognario del Consorzio, ma conferiti tramite autobotti.

Tali tariffe in effetti rappresentano un aspetto specifico dell'intera operazione, come concepita e perseguita dal Consorzio; come tale, il dato, quale elemento dell'offerta che le ditte concorrenti dovevano presentare, era espressamente richiesto dal bando, punto 4 ("Documento contenente le TARIFFE succitate, con le modalità di applicazione. Esse riguardano in maniera separata il trattamento dei reflui provenienti dalla fognatura dinamica posta a monte dell'impianto e il trattamento dei rifiuti liquidi veicolati dall'esterno dell'Agglomerato, nel caso che il concorrente proponga l'uso dell'impianto per detta funzione integrativa").

D'altra parte, il bando stesso, al punto 2, quando ammette "la possibilità di utilizzare l'impianto quale piattaforma di trattamento rifiuti liquidi provenienti anche da terzi" precisa che ciò avverrà "con riconoscimento al Consorzio ASI di una aliquota annua forfettaria, oggetto di specifica proposta e successiva stipula convenzionale".

L'offerta economica per questo punto è formulata attraverso due operazioni: la prima per calcolare il

profitto totale (per ogni metro cubo trattato), così espressa:

x (tariffa)- euro 5,51 (spese di gestione)= y (utile),

in cui x è la tariffa applicata al cliente per ritirare e trattare un metro cubo di rifiuto liquido e y è l'utile prodotto;

la seconda operazione è rappresentata nel modo seguente:

Ripartizione di y (utile): 50% Impresa ALFA e 50% ASI.

In definitiva, il primo calcolo è impostato come un'equazione a due incognite, che però, in assenza di qualsiasi indicazione sulla tariffa, non è risolvibile. Ciò significa che addirittura in generale l'offerta economica, come presentata allo scadere del termine previsto dal bando, doveva ritenersi complessivamente indeterminata, in considerazione di tale profilo.

La mancata indicazione della tariffa quindi è in sé certamente idonea a giustificare la decisione di non addivenire all'aggiudicazione.

Al proposito non possono essere condivise le giustificazioni della società (nota primo settembre 2006, su cui si esprime il verbale del 25 settembre 2006), la quale sostiene che la tariffa possa essere determinata solo caso per caso, in relazione al carico tossico contenuto dei singoli rifiuti. In realtà, tale affermazione comporterebbe che, secondo la ricorrente, le operazioni della determinazione delle tariffe e della sua applicazione in concreto coincidano, mentre, com'è ovvio, esse sono logicamente e praticamente ben distinte.

Il ragionamento è comunque in sé contraddittorio rispetto alle stesse elaborazioni contenute nella relazione, in quanto la ditta ha comunque potuto determinare, come già detto, il costo medio presuntivo al metro cubo in euro 5,51. La ditta quindi ha potuto calcolare, seppure in maniera del tutto approssimativa e generica, tale costo che appunto dovrebbe rappresentare la parte variabile (a seconda della concentrazione di inquinanti, riscontrabile caso per caso) nel calcolo della tariffa. La medesima però non si è curata di elaborare, perfezionare e diversificare tali dati, sì da presentare l'offerta in modo completo, comprensiva dell'imprescindibile dato delle tariffe da praticare a terzi, prescritto ove, come nel caso, si fosse scelto di utilizzare l'impianto come piattaforma per il trattamento di rifiuti esterni.

Il ricorso dunque da rigettare.

Non occorre statuire sulle spese di giudizio, non essendosi costituita l'Amministrazione intimata.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione I di Bari, respinge il ricorso in epigrafe.

Nulla spese.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Referendario

L'ESTENSORE
IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2008

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/e-corretto-affermare-che-bisogna-escludere-il-potere-di-una-stazione-appaltante-di-far-automaticamente-discendere-dall-ammissione-alla-valutazione-di-una-sola-ditta-la-decisione-di-non-aggiudicare/>