

## Riconoscimento dell' anomalia dell' offerta dell'aggiudicataria (non giustificata l'offerta quanto ai costi della sicurezza, quanto al monte ore annuo di ore lavorate assunto a base del calcolo del costo effettivo della manodopera, quanto all'incidenza IR

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile: non a caso, il vigente quadro normativo di riferimento stabilisce che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione (art. 86, quinto comma, codice dei contratti pubblici)

Da ciò si ricava, in generale e nello specifico, l'inaccettabilità di quelle giustificazioni che risultino tardivamente dirette (nel tentativo di far apparire seria un'offerta che viceversa non è stata adeguatamente meditata) ad un'allocatione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata. Si vuol dire che se, come avviene nella specie, una quota di costo è stata indicata a titolo di spese generali, quella voce non può poi essere invocata, nel corso del subprocedimento di giustificazione, per coprire costi diversi (i costi della sicurezza, i costi dell'Irap e dell'Ires nonché il costo per la sostituzione di personale assente per infortunio, malattia o maternità). **Confermata l'irrimediabile non congruità dell'offerta, meritevole di conferma risulta anche il capo concernente la condanna al risarcimento per equivalente con riferimento alla quota di servizio già espletata al momento della decisione di primo grado. Quanto alla contestata misura di questo, rileva il Collegio che la quantificazione nella misura del 5 per cento della quota costituisce ormai acquisizione consolidata nella giurisprudenza della Sezione (cfr. decisione 14 gennaio 2009, n. 122) dalla quale non vi è motivo di discostarsi**

In tema di giustificazioni di un'offerta considerata anomala, dalla lettura della decisione numero 1451 del 12 marzo 2009, emessa dal Consiglio di Stato impariamo che:

Correttamente, pertanto, la sentenza gravata ha ritenuto ir-rimediabilmente non congrua l'offerta presentata da ALFA s.r.l.

Da questo punto di vista si deve d'altronde aggiungere, con riferimento all'accertato scostamento dalle tabelle ministeriali re-canti il costo della manodopera, che se è pacifico che queste, per alcune voci, espongono dati non inderogabili, è altrettanto pacifico che alle medesime è assegnata la funzione di parametro legale (art. 86, comma 3 bis, di lgs. n. 163-2006, codice dei contratti pubblici). Ciò comporta che lo scostamento dalle voci di costo che nelle tabelle ministeriali risultano derogabili in tanto può essere accettato, in quanto risulti puntualmente giustificato.

Ed una tale dimostrazione deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alle cd. Ore annue mediamente lavorate dal personale poiché tale dato coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi, per definizione, postulano stime particolarmente prudentziali.

**La conseguenza è che l'offerta la quale si proponga di far conto su un numero di assenze del personale minori rispetto a quelle assunte a livello statistico e su un campione certamente rappresentativo dalle tabelle ministeriali, per essere accettata come plausibile, deve essere accompagnata da significativi ed univoci dati probatori, i quali, al di là di generiche affermazioni, sono invece mancati nella fattispecie considerata.**

Ed in tema di riconoscimento del risarcimento del danno:

Rileva sul punto il Collegio che, mentre la stazione appaltante non ha fornito alcun elemento idoneo a rilevare in termini di scusabilità dell'errore di diritto, la normativa da applicare non risulta né nuova né di difficile applicazione, sicché le conseguenze provocate dalla illegittima azione amministrativa non potevano non trovare adeguato risarcimento.

Quanto alla contestata misura di questo, rileva il Collegio che la quantificazione nella misura del 5 per cento della quota costituisce ormai acquisizione consolidata nella giurisprudenza della Sezione>

A cura di \*\*\*\*\*

N. 1451/09 REG.DEC.

N.386 e 399 REG.RIC.

ANNO 2008

**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 n. 386/08 proposto dalla ALFA S.R.L., rappresentata e difesa dagli avvocati \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma VIA CRISTOFORO COLOMBO, 436 presso l'avv. \*\*\*\*\*;

**contro**

l'AZIENDA SANITARIA LOCALE DI FORLI', non costituitasi;

la BETA ASCENSORI S.P.A. IN P. E Q.LE MANDATARIA ATI, rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma, VIA BOCCA DI LEONE, 78 presso l'avv.

\*\*\*\*\* STUDIO BDL;

l'ATI CONSORZIO GAMMA SOC. COOP., non costituitasi;

**per la riforma**

previa sospensione dell'efficacia, della sentenza del **TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA: Sezione I 3356/2007**, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI MATUNENZIONE IMPIANTI ELEVATORI.

E sul ricorso in appello n.399/08 proposto dall'AZIENDA SANITARIA LOCALE DI FORLI', rappresentata e difesa dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma, VIA COLLINA, 36 presso avv. \*\*\*\*\*;

**contro**

BETA ASCENSORI S.P.A., rappresentata e difesa dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma, VIA BOCCA DI LEONE, 78 presso avv. \*\*\*\*\* STUDIO BDL;

**e nei confronti di**

ALFA S.R.L.,  
non costituitasi;

per la riforma, previa sospensione dell'efficacia, della sentenza del **TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA :Sezione I 3356/2007**, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI MANUTENZIONE IMPIANTI ELEVATORI;

Visti gli atti e documenti depositati con gli appelli;

Viste le ordinanze nn. 1168 e 1169 del 2008, con le quali è stata rigettata la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza di accoglimento, presentata in via incidentale dalla parte appellante.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della BETA ASCENSORI S.P.A.;

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

Udito il relatore Cons. \*\*\*\*\* e uditi, altresì, per le parti gli avvocati \*\*\*\*\* per delega di Masi;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

### **FATTO**

La vicenda giurisdizionale concerne l'appalto indetto dalla AUSL di Forlì per l'affidamento del servizio di manutenzione dei propri impianti elevatori.

La graduatoria finale, approvata con determinazione dirigenziale del 27 dicembre 2006, comportava aggiudicazione definitiva a favore della ALFA s.r.l. con un ribasso del 50 per cento rispetto all'importo a base d'asta. Seguivano, rispettivamente, le offerte della costituenda ati BETA ascensori s.p.a. (con un ribasso del 18,30 per cento) e della Ciam Servizi (con un ribasso del 13,88 per cento).

Proposta impugnazione (corredata da motivi aggiunti) ad opera della seconda classificata, a questa è stata opposta impugnazione incidentale da parte dell'aggiudicataria sotto il profilo dell'illegittimità della relativa ammissione alla gara. Tanto la stessa aggiudicataria, quanto la stazione appaltante hanno inoltre confutato la tesi dell'anomalia dell'offerta risultata vincitrice argomentata sotto diversi profili dalla ricorrente principale.

Con sentenza n. 318/2007, il TAR Emilia Romagna, Sede di Bologna, Sezione Prima, ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto in parte il ricorso principale, condannando la stazione appaltante al risarcimento per equivalente (per la parte di servizio già espletata nelle more della decisione) ed al risarcimento in forma specifica (per la parte ancora da eseguire).

Il TAR (accogliendo il primo, il secondo ed il settimo motivo dell'impugnazione principale) ha in particolare ritenuto non giustificata l'offerta quanto ai costi della sicurezza, quanto al monte ore annuo di ore lavorate assunto a base del calcolo del costo effettivo della manodopera, quanto all'incidenza IRAP/IRES.

La sentenza è appellata, con separate impugnazioni, dall'originaria aggiudicataria e dalla stazione appaltante. ALFA s.r.l., ribadita la fondatezza dell'impugnazione incidentale (concernente la mancanza di talune dichiarazioni chieste a pena di esclusione e la difformità della cauzione provvisoria), nega che la propria offerta potesse esser dichiarata anomala poiché questa avrebbe previsto importi per spese generali capaci di ricomprendere gli scostamenti denunciati dalla ricorrente principale. La stazione appaltante assume una posizione analoga e censura altresì il capo recante condanna al risarcimento per equivalente sul presupposto della insussistenza del requisito della colpa.

Resiste l'appellata, la quale mediante impugnazione incidentale ripropone anche l'eccezione di

inammissibilità del gravame incidentale in primo grado (per mancata impugnazione dell'atto che ha determinato la definitiva inclusione nella graduatoria finale della sua offerta).

L'istanza cautelare, proposta con l'appello principale, è stata respinta con l'ordinanza 4 marzo 2008 n. 1168 della Sez. V;

Illustrate con memoria le rispettive posizioni delle parti, la causa è passata in decisione all'udienza del 17 ottobre 2008.

## **DIRITTO**

Le impugnazioni, concernendo la stessa sentenza, vanno riunite ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Procedendo nello scrutinio secondo un ordine logico, va in primo luogo esaminata la questione dell'ammissibilità dell'offerta della ricorrente principale, respinta dal primo giudice e riproposta in questa sede.

Tutti i motivi a tale titolo dedotti risultano peraltro inammissibili. Manca, infatti, l'impugnazione della delibera di approvazione delle operazioni di gara la quale, nella parte considerata, conferisce rilevanza esterna all'operato della Commissione.

Né, sotto il profilo in questione, è condivisibile l'obiezione che essendo stata quella delibera oggetto di impugnazione ad opera della ricorrente principale, il relativo effetto impugnatorio si sarebbe comunicato anche all'azione proposta in via incidentale. E' risaputo, infatti, che l'onere di impugnazione è personale e non può pertanto essere supplito da iniziative di terzi.

Dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale in primo grado, nel merito la sentenza impugnata merita di essere confermata.

Il Collegio ritiene opportuno rammentare che il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile. Non a caso, il vigente quadro normativo di riferimento stabilisce che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione (art. 86, quinto comma, codice dei contratti pubblici).

Da ciò si ricava, in generale e nello specifico, l'inaccettabilità di quelle giustificazioni che risultino tardivamente dirette (nel tentativo di far apparire seria un'offerta che viceversa non è stata adeguatamente meditata) ad un'allocatione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata. Si vuol dire che se, come avviene nella specie, una quota di costo è stata indicata a titolo di spese generali, quella voce non può poi essere invocata, nel corso del subprocedimento di giustificazione, per coprire costi diversi (i costi della sicurezza, i costi dell'Irap e dell'Ires nonché il costo per la sostituzione di personale assente per infortunio, malattia o maternità).

Nel giudizio di congruità, infatti, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può appunto essere considerata quell'offerta con riferimento alla quale, in sede di giustificazioni, si registri una postuma trasmigrazione dei costi da una voce all'altra.

Correttamente, pertanto, la sentenza gravata ha ritenuto irrimediabilmente non congrua l'offerta presentata da ALFA s.r.l.

Da questo punto di vista si deve d'altronde aggiungere, con riferimento all'accertato scostamento dalle tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera, che se è pacifico che queste, per alcune voci,



espongono dati non inderogabili, è altrettanto pacifico che alle medesime è assegnata la funzione di parametro legale (art. 86, comma 3 bis, di lgs. n. 163-2006, codice dei contratti pubblici). Ciò comporta che lo scostamento dalle voci di costo che nelle tabelle ministeriali risultano derogabili in tanto può esser accettato, in quanto risulti puntualmente giustificato. Ed una tale dimostrazione deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alle cd. Ore annue mediamente lavorate dal personale poiché tale dato coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi, per definizione, postulano stime particolarmente prudenziali. La conseguenza è che l'offerta la quale si proponga di far conto su un numero di assenze del personale minori rispetto a quelle assunte a livello statistico e su un campione certamente rappresentativo dalle tabelle ministeriali, per essere accettata come plausibile, deve essere accompagnata da significativi ed univoci dati probatori, i quali, al di là di generiche affermazioni, sono invece mancati nella fattispecie considerata.

Confermata l'irrimediabile non congruità dell'offerta, meritevole di conferma risulta anche il capo concernente la condanna al risarcimento per equivalente con riferimento alla quota di servizio già espletata al momento della decisione di primo grado.

Rileva sul punto il Collegio che, mentre la stazione appaltante non ha fornito alcun elemento idoneo a rilevare in termini di scusabilità dell'errore di diritto, la normativa da applicare non risulta né nuova né di difficile applicazione, sicché le conseguenze provocate dalla illegittima azione amministrativa non potevano non trovare adeguato risarcimento.

Quanto alla contestata misura di questo, rileva il Collegio che la quantificazione nella misura del 5 per cento della quota costituisce ormai acquisizione consolidata nella giurisprudenza della Sezione (cfr. decisione 14 gennaio 2009, n. 122) dalla quale non vi è motivo di discostarsi.

Circa le spese, mentre non appare sindacabile la scelta effettuata sul punto dal primo giudice, ritiene il Collegio che la particolarità della vicenda consenta di far luogo a compensazione di quelle relative al presente grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riunisce gli appelli e li respinge.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del 17 ottobre 2008 e del 25 novembre 2008 nella sede del Consiglio di Stato dal Collegio composto dai seguenti signori magistrati:

\*\*\*\*\*

Presidente

Filoreto D'\*\*\*\*\*

Consigliere

Vito Poli

Consigliere

\*\*\*\*\*

Consigliere est.

\*\*\*\*\*

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to \*\*\*\*\*

f.to \*\*\*\*\*

IL SEGRETARIO

f.to \*\*\*\*\*

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**12/03/09**

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

**IL DIRIGENTE**

**f.to \*\*\*\*\***

<https://www.diritto.it/riconoscimento-dell-anomalia-dell-offerta-dell-aggiudicataria-non-giustificata-l-offert-a-quanto-ai-costi-della-sicurezza-quanto-al-monte-ore-annuo-di-ore-lavorate-assunto-a-base-del-calcolo-del-co/>