

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29870-la-stazione-appaltante-pertanto-ha-correttamente-fondato-la-contestata-decisione-di-esclusione-dalla-gara-sulla-valutazione-di-inattendibilit-di-molteplici-voci-che-per-la-loro-rilevanza-e-l-inci>

Autore: Lazzini Sonia

La stazione appaltante, pertanto, ha correttamente fondato la contestata decisione di esclusione dalla gara sulla valutazione di inattendibilità di molteplici voci che, per la loro rilevanza e l'incidenza complessiva nell'economia del contratto, rendevano

C.St. 25.06.2010 n. 4074

La stazione appaltante, pertanto, ha correttamente fondato la contestata decisione di esclusione dalla gara sulla valutazione di inattendibilità di molteplici voci che, per la loro rilevanza e l'incidenza complessiva nell'economia del contratto, rendevano l'intera operazione economica non plausibile.

poiché il giudizio di anomalia dell'offerta in una gara d'appalto deve essere operato globalmente, non avendo per oggetto tanto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica quanto la sua attendibilità complessiva.

La verifica di anomalia dell'offerta, in altre parole, è funzionale all'espressione di un giudizio che, in relazione agli elementi di anomalia riscontrati, consideri l'affidamento ingenerato dal concorrente circa il corretto adempimento del contratto da stipulare: si tratta, perciò, di accettare l'affidabilità dell'offerta intesa come sostenibilità complessiva rispetto alle prestazioni che costituiscono oggetto dell'appalto.

Con riferimento al caso in esame, non si ravvisa alcuno scostamento dalle coordinate di cui sopra, poiché il giudizio di anomalia reso dalla stazione appaltante non è circoscritto a specifici elementi che compongono l'offerta, ma è chiaramente teso ad evidenziarne la complessiva contraddittorietà intrinseca (e, quindi, l'inaffidabilità), determinata dal fatto che alle prestazioni più gravose sono normalmente associati prezzi inferiori rispetto a quelli previsti per gli interventi di minore impegno._E' di tutta evidenza, infatti, che il costo per la rimozione di un veicolo non può essere inversamente proporzionale al suo peso, come risulterebbe invece dall'offerta della ricorrente che, ad esempio, per la rimozione forzata in Biella in orario diurno proponeva un prezzo di 110 euro per un veicolo di massa non superiore a 1,5 tonnellate e di 50 euro nel caso in cui il veicolo da rimuovere superasse tale massa._E' altrettanto evidente che la semplice chiamata senza rimozione non può avere un costo maggiore rispetto all'intervento con rimozione, mentre l'attuale ricorrente aveva proposto 80 euro per la chiamata in Biella in orario diurno e 50 euro per la chiamata con rimozione nelle stesse circostanze di tempo e di luogo._Gli esempi, in tal senso, potrebbero multiplicarsi, perché l'irragionevolezza dell'offerta in esame è un derivato della sua struttura complessiva, caratterizzata da un'inversione dell'entità dei prezzi rispetto all'impegno organizzativo ed economico che le singole prestazioni contrattuali richiedono.

Le ragioni dell'anomalia sono trasparenti e la stessa ricorrente, lealmente, non ne fa mistero, precisando come fosse sua intenzione parametrare esattamente l'offerta ai coefficienti ponderali individuati dall'amministrazione.

Ciò significa, in concreto, che la ricorrente ha sottostimato i prezzi relativi alle prestazioni che avevano un peso maggiormente significativo ai fini dell'aggiudicazione, essendovi associato un coefficiente di valutazione superiore ad 1, e recuperato le relative diseconomie mediante una simmetrica sovrastima degli interventi di minore rilievo e frequenza.

Tale modo di operare, anche se apparentemente conforme alle indicazioni della lex specialis, ha generato un'offerta che fonda il proprio equilibrio economico, non su una stima obiettiva dei costi delle singole prestazioni richieste all'appaltatore del servizio, ma su un aleatorio meccanismo di

compensazione destinato a venir meno laddove la ripartizione percentuale dei tipi di interventi richiesti abbia a subire variazioni rispetto a quanto previsto.

Ne consegue che la garanzia di sostenibilità economica dell'offerta della ricorrente era ancorata a un dato meramente eventuale, rappresentato dall'invarianza delle prestazioni (rectius: della frequenza delle singole tipologie di intervento) nel corso dell'esecuzione del contratto, mentre, nel caso in cui detto rapporto si fosse alterato nel corso del tempo (come potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora gli interventi di rimozione dei veicoli di massa inferiore a 1,5 tonnellate siano più numerosi di quelli aventi ad oggetto veicoli di massa superiore), la contraente non sarebbe stata più in grado di assicurare il servizio in condizioni di economicità.

Un'offerta così concegnata - quale una sorta di modello matematico esclusivamente finalizzato, attraverso un ponderato rimescolamento dei fattori, a preconstituire solide chances di vittoria della gara – non può che soggiacere al giudizio di anomalia, poiché in ampia misura consta di elementi del tutto inidonei a fornire informazioni attendibili circa la sostenibilità economica delle singole prestazioni.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4074 del 25 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 04074/2010 REG.DEC.
N. 10593/2009 REG.RIC.**



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10593 del 2009, proposto da: Societa' RicorrenteL. di S. Francesco & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Franco Enoch e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

Comune di Biella, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, con domicilio eletto presso Alberto Romano in Roma, Lungotevere Sanzio, 1;

nei confronti di

Controinteressata Autodemolizioni di DL e C. Srl; in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 02822/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO RIMOZIONE FORZATA E CUSTODIA VEICOLI..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Biella;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2010 il Cons. Marco Lipari e udito per la parte appellante l'Avvocato Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La sentenza impugnata ha respinto il ricorso proposto dalla società RicorrenteL. di S. Francesco & C. s.n.c. (di seguito “RicorrenteL.”), attuale appellante, per l'annullamento del provvedimento del 26.2.2009, prot. n. 0012475 del 27.2.2009, notificato il 4.3.2009, con il quale il Dirigente dell'Ufficio attività economiche e produttive, polizia urbana e amministrativa del Comune di Biella aveva disposto l'esclusione della Società ricorrente dalla gara per la rimozione forzata e custodia dei veicoli sul territorio comunale, per il biennio 2009/2010, aggiudicando il servizio all'altra impresa concorrente, società “CONTROINTERESSATA”.

L'appellante contesta la pronuncia di rigetto, riproponendo le censure disattese dal tribunale.

Il comune resiste al gravame, mentre la parte controinteressata non si è costituita in questo grado di giudizio.

In punto di fatto, va evidenziato che, con atto del 19 dicembre 2008, il Comune di Biella indicava una procedura negoziata di gara avente ad oggetto l'affidamento, per il biennio 2009/2010, del servizio di rimozione forzata e di custodia dei veicoli, invitando alla selezione la società RicorrenteL. e la società CONTROINTERESSATA.

Secondo la lex specialis di gara, l'affidamento avrebbe dovuto determinarsi “sulla base della convenienza economica complessiva” delle offerte presentate dai soggetti invitati.

All'esito della procedura, il servizio era attribuito alla società CONTROINTERESSATA, ancorché il prezzo complessivo più basso fosse risultato quello offerto dalla società RicorrenteL.. Tale determinazione era incentrata sulla circostanza che, nel corso della procedura, ma dopo la formulazione delle proposte delle concorrenti, l'amministrazione aveva stabilito di assegnare dei “pesi ponderali” alle singole voci delle offerte. Su tale base, l'offerta complessiva della CONTROINTERESSATA era stata giudicata maggiormente conveniente per l'amministrazione.

In seguito alle rimostranze di RicorrenteL. (la quale aveva contestato la legittimità di criteri di valutazione delle offerte introdotti in una fase successiva a quella di conoscenza delle proposte formulate dai candidati), tuttavia, il comune di Biella, con determinazione dirigenziale n. 2 dell'8 gennaio 2009, annullava in autotutela la procedura di gara e indicava una nuova selezione, predeterminando i nuovi criteri di valutazione delle offerte.

Con lettera prot. n. 2273 del 14 gennaio 2009, la stazione appaltante diramava gli inviti a partecipare alla gara e rendeva noto che la stessa sarebbe stata aggiudicata con il criterio del prezzo più basso, determinato attraverso una particolare modalità di calcolo.

In dettaglio, la lettera di invito individuava, ai fini dell'aggiudicazione, molteplici tipi di interventi (differenziati in rapporto alla massa complessiva dei veicoli da rimuovere, al luogo ed al momento della rimozione, alla durata della custodia) e attribuiva ad ogni categoria di prestazioni un articolato coefficiente di valutazione, proporzionato alla frequenza presunta dello specifico intervento considerato, calcolata, a sua volta, in base ai dati storici e statistici in possesso del comune.

Secondo tale impostazione, ai tipi di interventi ritenuti statisticamente meno frequenti (che comprendevano tutti quelli relativi ai veicoli con massa complessiva inferiore a 1,5 tonnellate) era associato un unico coefficiente di valutazione, pari ad 1; a quelli ritenuti più frequenti (riguardanti i veicoli di massa compresa tra 1,5 e 3,5 tonnellate) era attribuito, invece, un coefficiente di valutazione superiore, variamente articolato, fino al valore massimo di 55, previsto per la rimozione forzata effettuata nella zona urbana di Biella, in orario diurno.

La lettera di invito prevedeva che la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio del prezzo più basso, determinato attraverso la sommatoria dei prezzi proposti per ciascuna delle tipologie di intervento previste e l'applicazione degli indicati particolari coefficienti.

L'odierna appellante, che gestiva il servizio, presentava nei termini la propria offerta, la quale, in applicazione dei complessi criteri fissati dal comune, risultava classificata al primo posto della graduatoria, con il prezzo più basso.

Tuttavia, il comune di Biella, con lettera prot. n. 4959 del 26 gennaio 2009, anziché affidare il servizio all'appellante, le chiedeva chiarimenti, ritenendo che nell'offerta si dovesse rilevare una “evidente anomalia riguardante il fatto che i prezzi offerti

per la rimozione di mezzi di peso inferiore risultano sensibilmente maggiori rispetto a quelli riguardanti veicoli di peso superiore”.

La parte interessata forniva i chiarimenti richiesti, con lettera del 30 gennaio 2009, precisando, in particolare, che “l’offerta è stata formulata tenendo conto non del singolo servizio ma della globalità del servizio medesimo, al fine di ottenere un utile d’impresa”.

Nonostante le giustificazioni e la successiva audizione del legale rappresentante della RicorrenteL., il Comune di Biella, con provvedimento dirigenziale del 26 febbraio 2009, stabiliva di escludere dalla gara l’offerta, poiché, a suo giudizio, le spiegazioni fornite non erano risultate idonee a giustificare gli elementi che l’avrebbero resa “irragionevole e contraddittoria”.

La Società RicorrenteL. ha contestato la legittimità del provvedimento di esclusione e della successiva aggiudicazione della gara, deducendo, in primo grado, un motivo di gravame formalmente unico: “Violazione ed erronea applicazione della lettera d’invito e dei principi di buona amministrazione, imparzialità e ragionevolezza di cui all’art. 97 Cost. oltre che del Regolamento dei contratti del Comune di Biella, con particolare riferimento agli artt. 1, 9, 17, 18 e 44. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, carenza assoluta di presupposti e di motivazione (da valutarsi anche ai fini dell’art. 3 della l. n. 241/1990), travisamento dei fatti, erroneità, sviamento dalla causa tipica ed ingiustizia manifesta.

Nella sostanza, l’esponente denunciava la pretesa illogicità della determinazione lesiva dei suoi interessi, atteso che l’offerta presentata sarebbe stata perfettamente conforme alle prescrizioni della lex specialis.

Inoltre, la parte appellante si doleva anche del fatto che il Comune di Biella le avesse impedito, in due consecutive occasioni, di conseguire l’aggiudicazione del servizio, poiché una precedente gara era già stata fatta oggetto di annullamento in sede di autotutela da parte della stazione appaltante.

Il TAR ha respinto il ricorso, svolgendo la seguente motivazione.

“(...) La ricorrente afferma che la censura di irragionevolezza e contraddittorietà andrebbe riferita, non all'offerta da questa presentata, bensì alla decisione di escluderla dalla gara, attraverso la quale la stazione appaltante ha paradossalmente sanzionato la concorrente perché aveva proposto proprio quanto le era stato richiesto, in perfetta aderenza ai criteri dettati dalla lex specialis.

Soggiunge l'esponente, a confutazione delle argomentazioni della difesa comunale, che la valutazione di anomalia dell'offerta non avrebbe comunque potuto fondarsi sulla considerazione di singoli elementi, dovendo essere riferita all'offerta nel suo complesso.

Quest'ultima considerazione è sicuramente vera, poiché il giudizio di anomalia dell'offerta in una gara d'appalto deve essere operato globalmente, non avendo per oggetto tanto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica quanto la sua attendibilità complessiva.

La verifica di anomalia dell'offerta, in altre parole, è funzionale all'espressione di un giudizio che, in relazione agli elementi di anomalia riscontrati, consideri l'affidamento ingenerato dal concorrente circa il corretto adempimento del contratto da stipulare: si tratta, perciò, di accertare l'affidabilità dell'offerta intesa come sostenibilità complessiva rispetto alle prestazioni che costituiscono oggetto dell'appalto.

Con riferimento al caso in esame, non si ravvisa alcuno scostamento dalle coordinate di cui sopra, poiché il giudizio di anomalia reso dalla stazione appaltante non è circoscritto a specifici elementi che compongono l'offerta, ma è chiaramente teso ad evidenziarne la complessiva contraddittorietà intrinseca (e, quindi, l'inaffidabilità), determinata dal fatto che alle prestazioni più gravose sono normalmente associati prezzi inferiori rispetto a quelli previsti per gli interventi di minore impegno.

E' di tutta evidenza, infatti, che il costo per la rimozione di un veicolo non può essere inversamente proporzionale al suo peso, come risulterebbe invece dall'offerta della ricorrente che, ad esempio, per la rimozione forzata in Biella in orario diurno proponeva un prezzo di 110 euro per un veicolo di massa non superiore a 1,5 tonnellate e di 50 euro nel caso in cui il veicolo da rimuovere superasse tale massa.

E' altrettanto evidente che la semplice chiamata senza rimozione non può avere un costo maggiore rispetto all'intervento con rimozione, mentre l'attuale ricorrente aveva proposto 80 euro per la chiamata in Biella in orario diurno e 50 euro per la chiamata con rimozione nelle stesse circostanze di tempo e di luogo.

Gli esempi, in tal senso, potrebbero moltiplicarsi, perché l'irragionevolezza dell'offerta in esame è un derivato della sua struttura complessiva, caratterizzata da un'inversione dell'entità dei prezzi rispetto all'impegno organizzativo ed economico che le singole prestazioni contrattuali richiedono.

Le ragioni dell'anomalia sono trasparenti e la stessa ricorrente, lealmente, non ne fa mistero, precisando come fosse sua intenzione parametrare esattamente l'offerta ai coefficienti ponderali individuati dall'amministrazione.

Ciò significa, in concreto, che la ricorrente ha sottostimato i prezzi relativi alle prestazioni che avevano un peso maggiormente significativo ai fini dell'aggiudicazione, essendovi associato un coefficiente di valutazione superiore ad 1, e recuperato le relative diseconomie mediante una simmetrica sovrastima degli interventi di minore rilievo e frequenza.

Tale modo di operare, anche se apparentemente conforme alle indicazioni della lex specialis, ha generato un'offerta che fonda il proprio equilibrio economico, non su una stima obiettiva dei costi delle singole prestazioni richieste all'appaltatore del servizio, ma su un aleatorio meccanismo di compensazione destinato a venir meno

laddove la ripartizione percentuale dei tipi di interventi richiesti abbia a subire variazioni rispetto a quanto previsto.

Ne consegue che la garanzia di sostenibilità economica dell'offerta della ricorrente era ancorata a un dato meramente eventuale, rappresentato dall'invarianza delle prestazioni (rectius: della frequenza delle singole tipologie di intervento) nel corso dell'esecuzione del contratto, mentre, nel caso in cui detto rapporto si fosse alterato nel corso del tempo (come potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora gli interventi di rimozione dei veicoli di massa inferiore a 1,5 tonnellate siano più numerosi di quelli aventi ad oggetto veicoli di massa superiore), la contraente non sarebbe stata più in grado di assicurare il servizio in condizioni di economicità.

Un'offerta così congegnata - quale una sorta di modello matematico esclusivamente finalizzato, attraverso un ponderato rimescolamento dei fattori, a precostituire solide chances di vittoria della gara – non può che soggiacere al giudizio di anomalia, poiché in ampia misura consta di elementi del tutto inidonei a fornire informazioni attendibili circa la sostenibilità economica delle singole prestazioni.

La stazione appaltante, pertanto, ha correttamente fondato la contestata decisione di esclusione dalla gara sulla valutazione di inattendibilità di molteplici voci che, per la loro rilevanza e l'incidenza complessiva nell'economia del contratto, rendevano l'intera operazione economica non plausibile.

In ultimo luogo, l'esponente sottolinea ancora che, per effetto della decisione impugnata, essa si sarebbe vista negare per la seconda volta consecutiva l'aggiudicazione di un appalto cui avrebbe avuto pieno diritto, dal momento che già una precedente gara con il medesimo oggetto era stata annullata in via di autotutela.

Tale rilievo presuppone, anche se non esplicita chiaramente, una censura di eccesso di potere sotto il profilo dello svilimento che, peraltro, non ha pregio

alcuno, poiché la precedente gara cui si riferisce la deducente era stata provvisoriamente aggiudicata ad altra impresa ed era stata annullata d'ufficio proprio a seguito delle rimostranze dell'odierna ricorrente.”

L'appello è fondato.

L'offerta presentata dall'attuale appellante risulta pienamente coerente con la struttura logica della lex specialis di gara e dei criteri preventivamente fissati dall'amministrazione per la valutazione dei concorrenti.

Il comune, infatti, mediante la definizione di articolati coefficienti ponderali, riferiti alle distinte prestazioni comprese nel servizio, ha indicato con chiarezza che il ribasso relativo a determinate voci, riguardanti gli interventi di ipotizzata maggiore frequenza statistica, risulta meritevole di una valutazione decisamente più favorevole rispetto a quella di altri interventi, ritenuti presumibilmente più rari.

La fissazione di pesi ponderali così vari e differenziati (da 1 a 55), quindi, deriva da una scelta incentrata sulla comprensibile finalità di “premiare” maggiormente i ribassi riguardanti le attività giudicate più importanti, quanto meno sotto il profilo quantitativo.

Nella fissazione di tali criteri ponderali, l'amministrazione si è esplicitamente riferita al solo dato statistico del presumibile numero degli interventi, senza considerare la particolare complessità tecnica, economica od organizzativa delle singole prestazioni considerate.

Inoltre, la disciplina fissata dall'amministrazione comunale non ha indicato nemmeno i prezzi di base dei singoli interventi, né ha previsto particolari vincoli riferiti allo scarto tra i valori delle diverse prestazioni enunciati nelle offerte.

Nella prospettiva delle regole della gara, dunque, è assolutamente ragionevole che l'impresa calibri le singole voci dell'offerta considerando attentamente il coefficiente ponderale applicabile. Dove il fattore è più alto, il ribasso è proporzionalmente “moltiplicato” dal fattore numerico operante nella specie. Al

contrario, quando il fattore è più contenuto, o si riduce ad 1, l'impresa non ha particolare convenienza a proporre alti ribassi, perché questi non potranno essere adeguatamente “premiati” in sede di valutazione.

È presumibile che l'impresa, per realizzare un corretto equilibrio economico complessivo del servizio, predisponga un'offerta con prezzi più alti per le prestazioni statisticamente più rare.

La formulazione della lex specialis di gara, quindi, ha obiettivamente condizionato la formulazione delle offerte, e, segnatamente, ha influenzato in modo determinante la proposta di RicorrenteL.. I ribassi più elevati si sono indirizzati sulle prestazioni con coefficienti ponderali più significativi, mentre i ribassi minori hanno riguardato i servizi sottoposti ai più bassi coefficienti (fino al limite di 1).

In questo contesto, peraltro, l'amministrazione ha ritenuto che sarebbe “illogico” offrire un prezzo più alto per singoli servizi che stima meno costosi di altri. A suo dire, questa circostanza determinerebbe una complessiva “inaffidabilità” dell'offerta (se non una vera e propria “anomalia”). L'asserita irrazionalità, poi, si rifletterebbe anche sulla complessiva organizzazione del servizio, dal momento che, secondo il comune, sarebbe difficile giustificare, per i cittadini, il rilevante divario tra i costi delle diverse prestazioni.

Nessuno dei due argomenti risulta persuasivo.

La sostenibilità economica dell'offerta va valutata considerando la sostanziale unitarietà del servizio, che va svolto mediante la disponibilità di una determinata struttura tecnica e di personale. Non rileva, in questa prospettiva, il costo separato di singoli servizi.

D'altro canto, l'amministrazione comunale non ha indicato significativi elementi da cui desumere la diseconomicità dell'offerta limitatamente alle ipotesi in cui l'appellante ha offerto i ribassi più elevati. Al contrario, il comune sembra

contestare, in sostanza, l'eccessiva onerosità dei prezzi offerti in relazione ad alcuni servizi.

Il secondo argomento, riferito alla affermata irrazionalità dei prezzi, che gravano sui cittadini e sugli utenti, non risulta convincente.

Infatti, l'amministrazione comunale avrebbe dovuto preventivamente definire i criteri di determinazione delle tariffe del servizio di rimozione, stabilendo, se ritenuto opportuno, un canone, quanto meno orientativo, per la gradazione e l'articolazione delle diverse prestazioni.

Ma, in assenza di tali parametri, l'offerta formulata dall'attuale appellante non potrebbe essere considerata irragionevole o ingiustificata.

In definitiva, quindi, l'appello deve essere accolto, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati dinanzi al TAR.

Le spese dei due gradi possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado.

Spese dei due gradi compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Aldo Scola, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione