

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/11/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37517-verificazione-confermato-margine-utile-sufficiente-garantire-sostenibilità-economica-commessa>

Autore: Lazzini Sonia

**verificazione confermato margine utile sufficiente garantire
sostenibilità economica commessa**

La verificazione (e prima ancora la stazione appaltante) ha confermato l'esistenza del margine di utile, in una misura bensì minore di quella indicata dalle imprese, ma comunque sufficiente a garantire la sostenibilità economica della commessa. (Decisione numero 3137 del 23 giugno 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

.

Sonia Lazzini

Correttamente il Tribunale territoriale ha ritenuto che l'entità dell'utile accertato, sia pure di assai moderate dimensioni, andrebbe valutata alla luce del contesto economico attuale, nel quale anche modesti ritorni dell'investimento potrebbero essere considerati accettabili pur di mantenere l'impresa operativa in vista di tempi migliori; e ciò, nel solco del prevalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206; Id., sez. V, 1° luglio 2014, n. 3785, quest'ultima relativa a una fattispecie in cui emergeva un utile netto pari allo 0,187% dell'importo dell'appalto, al netto del ribasso).

Il terzo motivo dell'appello censura la sentenza impugnata per non avere esaminato alcuni elementi di anomalia delle offerte classificate prima e seconda, messi in luce dalla commissione tecnica e rappresentate dall'appellante come esistenti ma non valutabili da parte del verificatore (nessuna analisi dei prezzi per l'attività affidata ai subappaltatori - pari al 25% del prezzo complessivo - per la controinteressata; giustificazione dell'offerta secondo uno schema diverso da quello richiesto per la stazione appaltante e indicazione di modalità costruttive diverse da quelle richieste negli atti di gara per la controinteressata 2).

Neppure questo motivo è fondato.

Come appare dalle pagg. 15-18 della relazione finale, il verificatore ha preso dettagliatamente in esame la questione dei prezzi offerti dai subappaltatori, concludendo per l'assenza di extra-costi da imputare direttamente a controinteressata riguardo a tali voci.

Vero è che il verificatore ritiene sostanzialmente carente il disciplinare, là dove avrebbe omesso di richiedere "una formulazione delle offerte sui singoli prezzi unitari da parte dei subappaltatori con un dettaglio tale (su manodopera, mezzi, forniture, spese generali e utile) da poterne valutare la loro congruità, al pari di tutti gli altri prezzi dell'appalto, non soggetti a subappalto" (pag. 18).

Questa affermazione, tuttavia, si risolve in una censura della legge di gara, che in questa sede non può essere valutata per la mancanza di un corrispondente motivo di ricorso.

L'infondatezza del motivo riguardo alla controinteressata, prima in graduatoria e aggiudicataria dell'appalto, rende inutile un'ulteriore analisi dell'anomalia rimproverata sul punto all'offerta della seconda classificata

N. 03137/2015REG.PROV.COLL.

N. 09862/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

Premesse. In via preliminare, il Collegio osserva che la controversia attiene unicamente a profili di diritto, mentre non vi sono state contestazioni sulla ricostruzione del fatto, come sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, per cui - vigendo la preclusione posta dall'art. 64, comma 2, c.p.a. - deve darsi per assodata la prova dei fatti oggetto dei giudizio.

A scioglimento della riserva formulata nell'ordinanza cautelare, il Collegio dà inoltre atto che la parte appellata non solleva questione di inammissibilità o improcedibilità dell'appello, per non essere i motivi aggiuntivi accompagnati da copia della sentenza impugnata (il punto è stato evocato nella camera di consiglio del 27 gennaio scorso).

Peraltro l'appellante ha depositato copia di condivisibili precedenti di giurisprudenza - sia del Consiglio di Stato che della Corte di Cassazione (ai quali *adde* Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2014, n. 2775) - dai quali appare che tale omissione costituisce una mera irregolarità, sanata dal successivo deposito di copia della sentenza che consente comunque al Collegio di pronunciare nel merito.

1. Con il primo motivo dell'appello, il costituendo R.T.I. rileva che l'amministratore delegato, organo gestionale, avrebbe sovrapposto la propria valutazione circa la contestata congruità dell'offerta a quella dell'organo competente, cioè della commissione tecnica, sulla base di elementi estranei e non pertinenti (la qualificazione delle società partecipanti e la durata ridotta dei tempi di esecuzione dell'opera).

Mentre la commissione tecnica incaricata della verifica delle anomalie avrebbe proceduto in modo estremamente scrupoloso, l'amministratore delegato ne avrebbe superato la valutazione negativa con rilievi non attinenti e sulla base della scienza propria, senza una reale istruttoria: il richiamato contributo del direttore della direzione tecnica sarebbe vuoto di contenuto e i fogli di appunti e calcoli, indicati nella memoria difensiva, non potrebbero giustificare l'assegnazione di un appalto di importo così cospicuo.

1.1. Il motivo è infondato.

La commissione tecnica si è limitata a esaminare le giustificazioni presentate dalle imprese, né avrebbe potuto fare altrimenti, posto che - a norma dell'art. 88, comma 7, del codice - l'unico soggetto competente a valutare l'anomalia delle offerte è la stazione appaltante ed è "del tutto fisiologico" che questa sia il titolare delle scelte, e se del caso delle valutazioni, in ordine alle offerte sospette di anomalia (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36), secondo un giudizio sindacabile solo per manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza (*ibidem*, ove anche diffusi richiami alla costante giurisprudenza).

La decisione finale - adottata nella forma di una determinazione dell'Amministratore delegato, in qualità di rappresentante legale della società - ha preso atto degli elementi forniti dalla commissione tecnica, ha riesaminato le offerte tenendo conto degli aspetti di incongruità emersi e, all'esito di una valutazione complessiva delle offerte stesse, ha ritenuto che i profili in discussione non fossero tali da inficiare la complessiva sostenibilità economica delle offerte contestate. E a questa conclusione è giunto nell'esercizio di una discrezionalità tecnica - non contestabile in questa sede perché non manifestamente abnorme -, affermando cioè che i fattori specialmente considerati (la riduzione dei tempi di lavoro, la particolare qualificazione delle imprese) inciderebbero sul prezzo offerto l'uno, avrebbe carattere residuale, come conferma di garanzia di affidabilità e di solidità delle strutture organizzative aziendali, l'altro.

Alla stregua di un pacifico indirizzo giurisprudenziale, d'altronde, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica e non può concentrarsi esclusivamente e in modo "parcellizzato" sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è accertare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e non delle sue singole componenti (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 36 del 2012, cit., ove riferimenti ulteriori).

Le critiche di difetto di istruttoria non appaiono fondate, perché, venendo in questione valutazioni tecniche, non possono considerarsi irrilevanti i fogli di calcolo prodotti dalla stazione appellante.

E altrettanto è a dirsi per le vicende successive (l'ammissione dell'impresa aggiudicataria al concordato preventivo, peraltro con continuità aziendale, disposta dal Tribunale di Ravenna), che - se possono essere suggestive, ma anche solo indicative di una congiuntura economica negativa - di per sé non incidono sulla valutazione dell'offerta contestata.

2. A detta del secondo motivo dell'appello, la verificazione disposta in primo grado non avrebbe confermato i margini di utile desumibili dagli atti di **gara** e sostenuti dalla società aggiudicataria nel procedimento di verifica (si sarebbe passati, per la ITER, da un utile dell'1% a uno dello 0,36%; per la PREVE, da un utile del 4% a uno dell'1,19%), con la conseguenza che qualunque inconveniente nel corso dell'esecuzione rischierebbe di rendere il contratto economicamente non sostenibile. In definitiva, l'utile sarebbe meramente simbolico e dunque le offerte basse in modo anomalo, cosicché la verifica avrebbe dovuto concludersi nel senso della illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

Il T.A.R. non avrebbe tenuto conto di tutte le considerazioni in fatto svolte dal R.T.I. appellante per sostenere l'inesistenza di un utile per le imprese collegate ai primi due posti della **gara**, pur trattandosi di questioni tecniche, prive di margini di discrezionalità amministrativa.

2.1. Anche questo motivo è infondato.

La verificazione (e prima ancora la stazione appaltante) ha confermato l'esistenza del margine di utile, in una misura bensì minore di quella indicata dalle imprese, ma comunque sufficiente a garantire la sostenibilità economica della commessa.

Correttamente il Tribunale territoriale ha ritenuto che l'entità dell'utile accertato, sia pure di assai moderate dimensioni, andrebbe valutata alla luce del contesto economico attuale, nel quale anche modesti ritorni dell'investimento potrebbero essere considerati accettabili pur di mantenere l'impresa operativa in vista di tempi migliori; e ciò, nel solco del prevalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206; Id., sez. V, 1° luglio 2014, n. 3785, quest'ultima relativa a una fattispecie in cui emergeva un utile netto pari allo 0,187% dell'importo dell'appalto, al netto del ribasso).

3. Il terzo motivo dell'appello censura la sentenza impugnata per non avere esaminato alcuni elementi di anomalia delle offerte classificate prima e seconda, messi in luce dalla commissione tecnica e rappresentate dall'appellante come esistenti ma non valutabili da parte del verificatore (nessuna analisi dei prezzi per l'attività affidata ai subappaltatori - pari al 25% del prezzo complessivo - per la ITER; giustificazione dell'offerta secondo uno schema diverso da quello richiesto per la stazione appaltante e indicazione di modalità costruttive diverse da quelle richieste negli atti di **gara** per la PREVE).

3.1. Neppure questo motivo è fondato.

Come appare dalle pagg. 15-18 della relazione finale, il verificatore ha preso dettagliatamente in esame la questione dei prezzi offerti dai subappaltatori, concludendo per l'assenza di extra-costi da imputare direttamente a ITER riguardo a tali voci.

Vero è che il verificatore ritiene sostanzialmente carente il disciplinare, là dove avrebbe omesso di richiedere "una formulazione delle offerte sui singoli prezzi unitari da parte dei subappaltatori con un dettaglio tale (su manodopera, mezzi, forniture, spese generali e utile) da poterne valutare la loro congruità, al pari di tutti gli altri prezzi dell'appalto, non soggetti a subappalto" (pag. 18).

Questa affermazione, tuttavia, si risolve in una censura della legge di **gara**, che in questa sede non può essere valutata per la mancanza di un corrispondente motivo di ricorso.

L'infondatezza del motivo riguardo alla ITER, prima in graduatoria e aggiudicataria dell'appalto, rende inutile un'ulteriore analisi dell'anomalia rimproverata sul punto all'offerta della seconda classificata.

4. Per il quarto motivo dell'appello, non sarebbero state prese in considerazione le anomalie relative a una serie di voci di costo rilevate dall'appellante sulla base di una propria relazione tecnica, tali da rendere antieconomiche e insostenibili le offerte delle imprese concorrenti. Erroneamente il T.A.R. non avrebbe disposto verificazione su questi aspetti, limitandosi alle voci di prezzo esaminate dalla commissione tecnica sulla base di una premessa non corretta (la verifica in sede giurisdizionale dovrebbe corrispondere all'accertamento compiuto in sede amministrativa). Trattandosi di profili tecnici e non di merito, si tratterebbe di questioni di cui il G.A. potrebbe conoscere.

4.1. Il motivo non ha pregio.

In disparte ogni altro rilievo (non pare vengano in questione vizi di evidente travisamento del fatto o di manifesta illogicità delle valutazioni, che soli renderebbero sindacabile in sede giurisdizionale la discrezionalità tecnica della stazione appaltante), lo stesso R.T.I. che appella (v. pag. 4 della memoria di replica) finisce per convenire con il primo giudice che il motivo attiene a profili dedotti non con il ricorso originario (strutturato sulla contrapposizione fra la valutazione della commissione tecnica e quella dell'amministratore delegato), ma con la consulenza tecnica di parte, depositata successivamente, e dunque inammissibili.

5. Dalle considerazioni che precedono, discende che - senza che sia necessario disporre nuova verificazione o consulenza tecnica - l'appello è infondato e va perciò respinto, con conferma della sentenza di primo grado.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663). Gli argomenti di dogliananza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a condurre a una conclusione di segno diverso.

Considerata la complessità della questione, le spese di giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **23/06/2015**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)