

N. 01800/2012REG.PROV.COLL.  
N. 07989/2008 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7989 del 2008, proposto dalla Autorità per l'energia elettrica ed il gas, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*contro*

Ferco s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Zoppolato, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via del Mascherino 72;

*nei confronti di*

National Cleanness s.r.l., Meridionale Servizi - Cooperativa di Produz. e Lavoro a r.l., Consorzio Yes, non costituiti nei secondo grado del giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 3049/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE SERVIZIO PULIZIA, IGIENE AMBIENTALE E PRESTAZIONI DI FACCHINAGGIO (RISARCIMENTO DANNO)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2012 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Marone e l'avvocato Colagrande, per delega dell'avvocato Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas chiede la riforma della sentenza, in epigrafe indicata, con la quale il Tar della Lombardia, in accoglimento del ricorso n. 3019 del 2006 presentato dalla società Ferco, che ha partecipato alla gara pubblica indetta con delibera 27 luglio 2005, n. 159, per l'affidamento del servizio di pulizia, igiene ambientale e prestazioni di facchinaggio, ha annullato l'aggiudicazione del servizio alla società National Cleanness, ha dichiarato la caducazione del contratto stipulato tra l'Autorità e questa società, ha disposto il rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla dichiarazione di congruità dell'offerta della National Cleanness e ha condannato l'Autorità al risarcimento del danno per equivalente nella misura del 5% dell'offerta relativa al periodo già trascorso di espletamento del servizio.

I) La controversia in esame prende le mosse dal riscontro della possibile anomalia dell'offerta presentata (oltre che dalla Meridionale Servizi a r.l. e dal Consorzio Yes, classificatisi al secondo e al terzo posto), dalla s.r.l. National Cleanness, prima classificata, in ordine alla quale la commissione di gara chiedeva chiarimenti con note del 9 marzo 2006 e del 9 maggio 2006, ricevendo risposta considerata esauriente nella seduta del 9 maggio 2006; di conseguenza, l'appalto veniva definitivamente aggiudicato alla medesima società con deliberazione n. 110 del 9 giugno 2006.

La società Ferco, quarta classificata in graduatoria con la prima offerta non anomala, ha impugnato davanti al Tar della Lombardia gli atti della procedura e l'esito della stessa, chiedendo anche la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno subito. Il Tar, con sentenza non definitiva del 16 maggio 2007, n. 4977, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 719 del 2008, ha dichiarato ricevibile il ricorso, riservandosi di verificarne l'ammissibilità in relazione all'esito della valutazione delle offerte anomale presentate dalla seconda e dalla terza classificata, valutazione che demandava all'Autorità.

Al termine della procedura di rinnovo del procedimento, la commissione dichiarava non congrua l'offerta della seconda classificata (Meridionale Servizi) a causa della mancata presentazione della documentazione richiesta con nota dell'11 gennaio 2008, e prendeva atto della dichiarazione del terzo classificato (Consorzio Yes) di non avere più interesse alla gara.

Con la sentenza oggi in esame, il Tar ha accolto il ricorso, provvedendo come sopra si è detto.

III) Con l'appello in esame, l'Autorità deduce l'inammissibilità del ricorso di primo grado, censurando la sentenza nella parte in cui ha ordinato la verifica delle anomalie delle offerte classificate al secondo e al terzo posto e nella parte in cui ha dedotto "il diritto di Ferco all'aggiudicazione della gara, nel caso di esclusione della National Cleanness": ad avviso dell'appellante, le condizioni dell'azione devono sussistere al momento della proposizione del ricorso.

La censura non ha pregio.

Come ha rilevato il Consiglio di Stato nella citata sentenza della sesta sezione n. 719 del 2008, per decidere dall'ammissibilità del ricorso presentato dalla quarta classificata occorre sottoporre l'interesse dedotto in causa alla prova di resistenza, vale a dire verificare se, in concreto, l'offerta dalla stessa presentata possa avere possibilità di sopravanzare quella delle

partecipanti classificatesi in posizione poziore. Di conseguenza, del tutto ragionevolmente il Tar ha demandato alla stazione appaltante la verifica delle offerte dei concorrenti classificatisi al secondo e al terzo posto, già sospettate di anomalia, avendo ritenuto di non poter definire la questione pregiudiziale se non previa definizione dell'esame relativo all'ammissibilità di tali offerte, altrimenti destinate a prevalere su quella della ricorrente.

IV) Con il secondo motivo dell'appello, l'Autorità censura la sentenza nella parte in cui ha annullato l'aggiudicazione, perché la commissione di gara si sarebbe limitata a recepire le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta della società vincitrice.

La censura non ha pregio.

Come hanno messo in luce i primi giudici, i chiarimenti che la National Cleaness ha fornito in risposta alla richiesta della commissione di gara – fra i quali: l'utilizzazione di un finanziamento di euro 13.365,34 erogato dall'INAIL nel 2003 per l'abbattimento dei costi per il personale assente per la formazione e degli oneri per la sicurezza nel triennio dell'appalto (2006-2009); la quantificazione dei costi generali aziendali nell'importo di euro 436,84 annui (pari ad una percentuale sul valore contrattuale dello 0,5%); la riduzione del costo della manodopera mediante la sensibile riduzione della previsione sulle ore non lavorate per assenze dovute a malattia, ferie, ecc. (66 ore annue rispetto alle 166 previste dalla tabella del d.m. 16 marzo 2005); la quantificazione degli utili di impresa in complessivi euro 870,20 annui, pari a circa l'1% dell'importo contrattuale) - sono state acriticamente recepite quali giustificazioni dell'anomalia, senza alcun approfondimento istruttorio e senza alcuna motivazione circa l'affidabilità di quanto dichiarato dall'interessata.

Eppure, dagli elementi documentali forniti all'Amministrazione emergevano situazioni meritevoli, se non altro, di particolare attenzione e conseguentemente da valutare con specifica motivazione, quali, ad esempio,

l'esiguità degli oneri per la sicurezza, indicati nell'offerta nella irrisoria somma di euro 218,42 (corrispondente appena allo 0,2% dell'importo contrattuale annuo) solo in ragione della presenza dell'azienda sul territorio, senza altre concrete indicazioni, la quantificazione delle spese generali implausibilmente indicate (0,5%) e del simbolico margine di utile (1%).

Del tutto correttamente, quindi, il Tar ha rilevato che l'operato della commissione di gara risulta inficiato da una carenza di istruttoria e di motivazione, vizio comprovato dalla delibera di aggiudicazione e dai due verbali delle riunioni del 9 maggio 2006, dai quali si evince che la commissione ha acriticamente recepito le giustificazioni prodotte dalla interessata, riportandole nella motivazione del giudizio positivo di verifica dell'offerta anomala, senza argomentare alcunchè in ordine ai punti critici succitati.

Né vale, in contrario, fare leva sulla discrezionalità dell'Amministrazione nel giudicare dell'anomalia o meno dell'offerta, discrezionalità che incontra il limite della ragionevolezza e della finalità stessa della verifica. Come rilevato dal primo giudice, la giurisprudenza amministrativa è ormai costante nell'affermare che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato a consentire che gli appalti vengano affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, nella convinzione che le acquisizioni in perdita portino gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso. Inoltre, tale forma di dumping finirebbe con l'alterare il sistema di libera concorrenza del mercato, permettendo la sopravvivenza alle sole imprese fornite di maggiori risorse economiche, che possono consentirsi contratti in perdita (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2003, n. 863).

V) Con riguardo alla caducazione del contratto, disposta dal Tar in conseguenza della riscontrata illegittimità dell'aggiudicazione e del conseguente annullamento, che l'appellante sostiene esulare dalla

giurisdizione amministrativa, ricorda il Collegio che, anche prima dell'entrata in vigore del codice di procedura di cui al d.lgs. n. 104 del 2010, la stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto comportava la caducazione degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, per effetto dell'annullamento degli atti del procedimento di scelta del contraente, stante la preordinazione funzionale tra gli uni e l'altro (Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11). Infatti il contratto non ha una autonomia propria ed è destinato – sotto il profilo pubblicistico - a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato, restando caducato a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione (cfr. per alcuni profili Consiglio Stato, Adunanza plenaria, 30 luglio 2008 n. 9, secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione determina un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato).

VI) Tenuto conto del quadro normativo vigente *ratione temporis*, alla caducazione del contratto – già disposta dal TAR - consegue logicamente l'obbligo, per l'Amministrazione, di rinnovare la gara: a tanto non può ostare, contrariamente a quanto afferma l'appellante, l'avvenuta quasi integrale esecuzione del contratto.

Quanto agli aspetti risarcitori della controversia, risulta corretta la statuizione con cui il Tar, in conseguenza della acclarata illegittimità in danno della ricorrente, che si è vista privare dell'aggiudicazione alla quale aspirava, ha disposto il risarcimento per equivalente.

La sentenza impugnata, dando rilievo alla misura del 5% dell'offerta relativa al periodo di espletamento del servizio già trascorso, ha voluto non già cumulare le due forme di risarcimento, come mostra di intendere l'appellante (che, peraltro, ha provveduto in data 31 maggio 2010 al

pagamento della somma liquidata secondo i criteri indicati in sentenza, sia pure con riserva di ripetizione all'esito del giudizio d'appello), ma quantificare l'onere alternativo al ristoro in forma specifica, e cioè alla stipula del contratto con la ricorrente in primo grado.

Poiché tale misura alternativa si pone (non come risarcimento ex art. 2043 cod. civ., ma) come quantificazione di un obbligo non più assolvibile, correttamente il Tar non ha incentrato la propria attenzione sull'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione, trattandosi di monetizzare un dovere derivante dalla sentenza, e non di risarcire un danno extracontrattuale.

VII) In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto; di conseguenza, non è luogo ad esaminare l'appello incidentale proposto in via subordinata dalla società Ferco in ragione della dichiarazione, da parte del Tar della improcedibilità delle censure circa la mancata esclusione della seconda e della terza classificata.

Le spese del secondo grado del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale in epigrafe indicato n. 7989 del 2008, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata, con declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale.

Condanna l'Amministrazione appellante a rifondere alla società resistente le spese del secondo grado del giudizio, nella misura di 2.000 (duemila) euro, oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2012

IL SEGRETARIO

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