

N. 02063/2013REG.PROV.COLL.  
N. 04068/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4068 del 2012, proposto da:

Elman s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Renato Caruso, Stefano Orlandi e Micaela Grandi, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Cristoforo Colombo, n. 436;

*contro*

ACER Parma-Azienda Casa Emilia Romagna, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

KOPPEL A.W. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Michiara, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Gianmarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n.18;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna - Sez. Staccata di Parma, Sezione I, n. 00162/2012, di accoglimento del ricorso proposto dalla società Koppel per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della procedura

negoziata di cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di manutenzione e assistenza agli impianti ascensore presenti negli edifici in Parma e Provincia gestiti da ACER Parma per il biennio 01.01.2012 – 31.12.2013 relativamente ai tre lotti di aggiudicazione, nonché della delibera n. 217 del 19.12.2011 del Consiglio di Amministrazione di Acer Parma, della aggiudicazione provvisoria, del verbale di gara rep. n. 14364 del 19.12.2011 e della relazione del R.U.P. del 15.12.2011;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Koppel A.W. s.r.l.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Renato Caruso e Paolo Michiara;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO

L'ACER Parma, Azienda Casa Emilia - Romagna ha indetto una procedura negoziata di cottimo fiduciario per il conferimento del servizio di manutenzione ed assistenza degli impianti ascensore presenti negli edifici di proprietà in Parma e provincia, suddiviso in n. 3 lotti, cui hanno partecipato, fra le altre, le imprese Elman s.r.l. e Koppel A.W. s.r.l., che si sono classificate, rispettivamente, prima e seconda in tutti e tre i lotti.

Esperate le verifiche di affidabilità delle offerte in gara mediante acquisizione ed esame delle giustificazioni richieste ex art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006, la Stazione appaltante ha aggiudicato la gara alla Elman s.r.l.

La Koppel A.W. s.r.l. ha impugnato presso il T.A.R. Emilia Romagna, Parma, la procedura conclusasi con detta aggiudicazione deducendo, tra l'altro, l'inammissibilità dell'offerta della Elman s.r.l. che non avrebbe

presentato margini di utile.

Il T.A.R. ha accolto il gravame con la sentenza in epigrafe indicata, della quale con il ricorso in appello in esame è stato chiesto l'annullamento o la riforma, deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione di legge per violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, degli artt. 1, 3, 6, 7, 10, 10 bis e ss. della l. n. 241/1990, degli artt. 1, 2, 3, 81, 82, 83, 86, 87 e 125 del d. lgs. n. 163/2006, degli artt. 121 e 284 del d.P.R. n. 207/2010, nonché della "lex specialis" di gara. Violazione di legge per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (P.A.). Eccesso di potere per incompetenza, difetto di motivazione, violazione della "lex specialis" di gara, disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, difetto di istruttoria, sviamento di potere, nonché per violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche.

1.1.- Contrariamente a quanto sostenuto in sentenza la Elman s.r.l. aveva compiutamente giustificato, secondo quanto richiesto dalla ACER Parma, gli elementi della propria offerta (che comunque non era in perdita) ed aveva dato prova della complessiva sostenibilità economica di essa.

1.2.- In relazione alle spese generali il T.A.R. ha ponderato in maniera inadeguata le affermazioni della appellante.

1.3.- Il Giudice di primo grado, partendo dalle apodittiche affermazioni che la Elman s.r.l. non aveva giustificato l'utile e le spese generali, ha indebitamente estrapolato due frasi di una relazione del R.U.P. per affermare la irragionevolezza delle conclusioni cui era pervenuta la stazione appaltante.

1.4.- In subordine la sentenza è viziata per violazione dei principi processuali sottesi al giudizio amministrativo e per travalicamento dei poteri attribuiti all'organo giudicante.

5.- Erronea è la condanna alle spese di Elman s.r.l., in quanto il vizio rilevato dal TAR attiene al procedimento condotto dalla ACER Parma.

Con memoria depositata il 5.6.2012 si è costituita in giudizio la Koppel A.W. s.r.l., che ha eccepito la inammissibilità, la improcedibilità, nonché la improponibilità del ricorso ed ha dedotto la sua infondatezza, concludendo per la reiezione dell'appello.

Con memoria depositata il 6.7.2012 detta società ha eccepito che la ACER Parma ha revocato in data 26.4.2012 l'aggiudicazione del servizio di manutenzione ed assistenza degli impianti di cui trattasi alla appellante, affidandolo alla Koppel A.W. s.r.l., sostenendo che l'appellante avrebbe dovuto impugnare detto provvedimento di revoca.

Ha poi riproposto il secondo ed il terzo dei motivi formulati in primo grado e dichiarati assorbiti in sentenza a seguito dell'accoglimento del primo motivo, deducendo innanzi tutto la inammissibilità della offerta economica della Elman s.r.l. perché non prevedeva un utile di impresa in capo all'appaltatore, nonché asserendo che la sua offerta economica era non giustificata ed anomala (in particolare perché per i pezzi di ricambio erano stati indicati prezzi inferiori di circa la metà da quelli indicati dalla Koppel A.W. s.r.l. e perché, per poter computare minime percentuali di spese generali e di utile, avrebbe dovuto avere costi diretti almeno quindici volte inferiori a quelli di detta s.r.l.). In secondo luogo ha censurato la valutazione di congruità della offerta economica svolta dal RUP nella relazione del 15.12.2011, perché effettuata esclusivamente procedendo ad un raffronto tra la stessa e la seconda graduata, pur essendo le stesse raffrontabili.

Ha quindi eccepito la inammissibilità e dedotto la infondatezza di quanto asserito a pag. 22 dell'appello, in quanto la sentenza ha solo dichiarato l'illegittimità del comportamento tenuto dall'Ente senza ordinare all'Ente di procedere alla aggiudicazione e consegna del servizio alla Koppel A.W. s.r.l.,

ed ha dedotto la infondatezza delle tesi di controparte, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 27.11.2012 la Koppel A.W. s.r.l. ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste ed eccepito la inammissibilità del gravame per carenza di interesse non essendo stato impugnato il provvedimento di revoca della aggiudicazione.

Con memoria depositata il 3.12.2012 la Elman s.r.l. ha contestato le tesi di controparte, in particolare la fondatezza della eccezione di mancata impugnazione di detto provvedimento di revoca, perché esso è meramente esecutivo di quanto statuito con la sentenza impugnata, ed ha ribadito tesi e richieste .

Alla pubblica udienza del 14.12.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

## DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla Elman s.r.l., di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato accolto il ricorso proposto per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della procedura negoziata di cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di manutenzione e assistenza agli impianti ascensore presenti negli edifici in Parma e Provincia gestiti da ACER Parma per il biennio 01.01.2012 – 31.12.2013 relativamente ai tre lotti di aggiudicazione, nonché degli atti presupposti.

2.- Innanzi tutto la Sezione deve valutare la fondatezza della eccezione di inammissibilità dell'appello formulata dalla difesa della Koppel A.W. s.r.l. nell'assunto che, avendo la ACER Parma revocato in data 26.4.2012 l'aggiudicazione alla appellante del servizio di manutenzione ed assistenza degli impianti di cui trattasi, affidandolo a detta società dall'1.5.2012, l'appellante avrebbe dovuto impugnare detto provvedimento di revoca.

Va osservato al riguardo che, come dedotto dalla difesa dell'appellante, il provvedimento n. 4575 del 26.4.2012, con cui la ACER Parma ha revocato l'aggiudicazione del servizio alla Elman s.r.l., è stato emesso "a seguito di sentenza emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale, sezione Parma, in data 4/4/2012 che accoglie il ricorso di Koppel A.W. s.r.l."

Il provvedimento è quindi meramente esecutivo delle statuizioni contenute nella sentenza impugnata, con cui è stato accolto il ricorso di detta società ed annullati i provvedimenti impugnati, tra i quali la aggiudicazione definitiva della gara de qua alla Elman s.r.l..

Non sussisteva pertanto l'onere per la appellante di impugnare anche detta determinazione di revoca, atteso che l'impugnazione dell'atto presupposto consente di soprassedere alla susseguente impugnazione dell'atto consequenziale nell'ipotesi in cui l'atto successivo sia adottato non spontaneamente ma ha carattere meramente esecutivo di un provvedimento giurisdizionale; in tale caso il riesercizio del potere amministrativo, vincolato dall'ordine impartito con provvedimento giurisdizionale, può essere infatti qualificato per la natura e per gli effetti, alla stregua di una pedissequa esecuzione del "dictum" giudiziale.

3.- Con il primo motivo di appello è stato, innanzi tutto, dedotto che, contrariamente a quanto sostenuto in sentenza, la Elman s.r.l. aveva compiutamente giustificato, secondo quanto richiesto dalla ACER Parma, gli elementi della propria offerta ed aveva dato prova della sostenibilità economica di essa, considerato che, poiché la stazione appaltante aveva indicato come non ribassabili gli oneri per la sicurezza ed i costi per il personale, i concorrenti potevano effettuare ribassi solo sull'utile.

Poiché negli appalti di servizi il giudizio di anomalia si incentra principalmente sul costo del lavoro, dovrebbe ritenersi che la peculiarità della "lex specialis", che vietava di ribassare i costi del lavoro, escludeva in radice che una offerta potesse essere non sostenibile economicamente,

atteso che la parte non ribassabile della base d'asta copriva interamente i costi di esecuzione del servizio.

3.1.- Osserva la Sezione che nelle gare pubbliche la finalità della verifica dell'anomalia è quella di evitare che offerte troppo basse esponano l'Amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta, o con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'appalto deve quindi essere aggiudicato a soggetti che abbiano prestato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore, con l'aggiunta del normale utile d'impresa affinché quest'ultima possa rimanere sul mercato.

Se è vero che un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica, è altrettanto vero che negli appalti pubblici l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica, ma essi devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso.

Risulta quindi ingiustificabile l'offerta che, come nel caso di specie, presenti un utile quasi pari a zero, atteso che, a meno che l'offerente abbia natura giuridica di società senza scopo di lucro, è quanto meno necessario che l'offerta presenti un certo utile che, anche se modesto, può comportare connessi vantaggi importanti, come nel caso di ricadute positive che possono discendere in termine di qualificazione, pubblicità e curriculum.

La circostanza che nel caso di specie la lex specialis vietava di ribassare gli oneri per la sicurezza ed i costi per il personale è quindi irrilevante, atteso

che, sussistendo anche altri costi da affrontare, non solo sull'utile potevano essere effettuati i ribassi e che in ogni caso, per costante giurisprudenza, la offerta doveva comunque necessariamente presentare un ragionevole margine di utile, per evitare il rischio di esecuzione di una prestazione irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta o con modalità esecutive anomale.

La censura in esame non è quindi suscettibile di positiva valutazione.

4.- Con il motivo in esame è stato poi sostenuto che comunque l'offerta della appellante non era in perdita e non comportava rinuncia all'utile in quanto i ribassi proposti per i tre lotti non erano pari al 100%.

Essi ribassi, se erano elevati con riguardo all'utile (il 99,10, 99,20 ed il 99,30%, rispettivamente per il primo, il secondo ed il terzo lotto), erano in effetti percentualmente molto minori con riferimento alla base d'asta, considerato che i costi del lavoro e della sicurezza non erano ribassabili.

Se la gara non fosse stata esperita nei sette mesi di vigenza del comma 3 bis dell'art. 81 del d. lgs. n. 163/2006 il ribasso sarebbe stato diverso.

Comunque un utile basso o anche bassissimo non potrebbe giustificare di per sé il giudizio di anomalia della offerta, perché esso deve conseguire ad una valutazione di inaffidabilità complessiva della stessa.

4.1.- Osserva la Sezione che va comunque considerata anomala l'offerta della concorrente che permetta un simbolico margine di utile, come quello pari all'1%, posto che le acquisizioni in perdita alterano il sistema di libera concorrenza del mercato e consentono la sopravvivenza alle sole imprese fornite di maggiori risorse economiche, in grado di permettersi contratti in perdita (Consiglio di Stato, sez. VI, 27 marzo 2012, n. 1800).

La giurisprudenza amministrativa è infatti 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; infatti, il consentire la presentazione di offerte senza adeguato utile 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).

Un margine significativo di utile era quindi nel caso di specie comunque necessario (a prescindere dalla incomprimibilità dei costi del lavoro e della sicurezza, considerato che, come in precedenza accennato, vi erano altri costi, come, ad es., quelli sui mezzi, sui ricambi per la manutenzione degli impianti di cui trattasi, su cui operare i ribassi) e una percentuale di ribasso prossima al 100% dell'utile (che non è possibile, contrariamente a quanto prospettato con l'appello, calcolare con riferimento all'intero importo a base d'asta) è quindi indice di inaffidabilità della offerta.

Aggiungasi che il comma 3 bis dell'art. 81 del d. lgs. n. 163/2006, che nel periodo della sua vigenza prescriveva che l'offerta migliore era determinabile al netto delle spese relative al costo del personale e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, era cogente per tutti i soggetti che all'epoca partecipavano a gare come quella di specie; ed è quindi irrilevante l'osservazione dell'appellante che se la offerta non fosse stata presentata in detto periodo sarebbe stata diversa, perché in tal caso la regola non sarebbe stata applicabile anche agli altri soggetti partecipanti, che a loro volta avrebbero potuto presentare offerte basate su diversi presupposti.

Anche le esaminate censure non possono quindi essere condivise.

5.- Prosegue il motivo di appello con l'assunto che comunque l'utile di impresa che la Elman s.r.l. intendeva ricavare dall'espletamento dell'appalto non era di mero tipo economico, ma riguardava anche il beneficio marginale, che è quello che si consegue, come nel caso delle compagnie

aeree “low cost”, aumentando i costi in maniera infinitesimale.

La appellante, che afferma di avere in corso contratti di manutenzione di circa 2400 impianti, avrebbe ripercussioni solo trascurabili sulle spese generali aziendali dalla acquisizione dei 170 impianti oggetto della gara de qua, essendo state interamente ripartite ed ammortizzate nelle altre commesse le spese generali aziendali.

Comunque allo stato costituirebbe un utile anche la possibilità di incamerare risorse liquide.

5.1.- Detti rilievi non possono, secondo il Collegio, permettere di discostarsi dalle conclusioni cui è giunto il Giudice di prime cure, atteso da un lato che la società appellante non aveva altri contratti di manutenzione in corso con la stazione appaltante di cui trattasi, ma con altre stazioni appaltanti, e non è quindi prospettabile una affinità con il beneficio marginale ottenibile da una compagnia aerea che abbia comunque da affrontare costi prefissati per un dato volo, con costi per gli ulteriori passeggeri prossimi allo zero, ma con beneficio marginale costituito dal prezzo del biglietto pagato da quest’ultimi; senza contare che comunque in questi casi la vendita degli ulteriori biglietti comunque comporta un utile che percentualmente non è prossimo allo zero.

Dall’altro lato, a prescindere da quanto sopra osservato, comunque in caso di affidamento di servizi nell’ambito di contratti pubblici, diversamente da quanto consentito nel libero mercato, non può mai ignorarsi la circostanza che l’offerta deve comunque presentare un ragionevole margine di utile, per evitare il rischio di esecuzione di una prestazione irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta.

6.- Secondo il motivo in esame la sostenibilità economica della offerta della Elman s.r.l. sarebbe costituita anche dalla possibilità di reimpiegare la forza lavoro precedentemente addetta alla realizzazione di nuovi impianti, della installazione dei quali si è verificato un significativo decremento.

Erroneamente il T.A.R. avrebbe ritenuto irrilevante la circostanza, senza considerare che il servizio andava svolto esclusivamente con personale diretto, che nel caso di specie è costituito da 20 lavoratori, che comportano un costo annuo di circa € 800.000,00; costo che, se coperto con il servizio de quo, comporterebbe sicuramente un utile.

6.1.- La Sezione non può condividere la evidenziata censura, atteso che la possibilità di reimpiego di forza lavoro inutilizzata, se può comportare economie o anche utili nella gestione finanziaria complessiva della impresa, non è di ausilio a determinare un utile significativo nell'ambito della gara de qua, in cui i costi del personale da impiegare sono comunque da imputare tra le spese, peraltro non ribassabili, con irrilevanza della circostanza.

7.- Secondo l'appellante comunque con la commessa di cui trattasi la Elman s.r.l. conseguirebbe anche un vantaggio economico indiretto in termini di prestigio professionale, di entità del fatturato pregresso e di incremento dei requisiti di prequalificazione da far valere nei successivi appalti ed, in tema di congruità dell'offerta, sarebbe da valutare anche tale aspetto.

7.1.- Osserva la Sezione che un utile del tutto insignificante non può essere in alcun modo giustificato dal beneficio derivante all'impresa dal prestigio di eseguire il contratto con la stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3701) e quindi nemmeno dall'incremento dei requisiti presenti nel "curriculum" dell'Impresa.

8.- Con il motivo in esame è stato poi dedotto che la stessa Koppel A.W. s.r.l. avrebbe affermato che il costo effettivo da sostenere per l'espletamento del servizio, con riguardo al costo del personale e agli oneri per la sicurezza, era inferiore a quanto fissato dalla stazione appaltante e non soggetto a ribasso, sicché tali minori costi sarebbero potuti confluire nell'utile conseguibile nell'appalto.

Sarebbe indivisibile la tesi del primo Giudice che tale utile di impresa è

indimostrabile, atteso che la stazione appaltante, nel fissare detti costi, ha utilizzato come parametro di riferimento le tabelle ministeriali sul costo del lavoro, che costituiscono solo un riferimento e non un parametro minimo inderogabile.

8.1.- La censura non è, ad avviso del Collegio, suscettibile di positiva valutazione, atteso che, come rilevato dal Giudice di primo grado, secondo la “lex specialis” le spese prefissate per il personale non erano comunque ribassabili, a prescindere dalla derogabilità o meno delle tabelle ministeriali di riferimento, sicché è effettivamente indimostrabile ed irrilevante l’affermazione che i minori costi effettivi sarebbero potuti confluire nell’utile.

9.- E’ stato infine dedotto con la censura de qua che sarebbero quindi errate le asserzioni del T.A.R. secondo cui la Elman s.r.l. aveva omesso di giustificare l’utile di impresa e che la sua offerta era in perdita.

Il giudizio sulla anomalia della offerta dovrebbe tendere infatti a verificare solo la sostenibilità complessiva della offerta e non a ricercarne specifiche inesattezze.

Ai sensi dell’art. 87 del d. lgs. n. 163/2006 le giustificazioni relative alla offerta devono riguardarne gli aspetti costitutivi, ma possono concernere ogni elemento utile a giustificarne la sostenibilità nel suo complesso, cioè la serietà complessiva, che può essere provata in base ad elementi che nulla hanno a che vedere con il carattere matematico della stessa e che presentano invece carattere squisitamente imprenditoriale, rendendola sostenibile in base ad elementi di ricavo esterni ad essa, come economie nel metodo di prestazione del servizio, soluzioni tecniche, condizioni eccezionalmente favorevoli o originalità dei servizi.

Tali elementi non sarebbero stati presi in considerazione dal primo Giudice, che non avrebbe considerato che l’importo offerto dalla Elman s.r.l. era simile a quello della Koppel A.W. s.r.l. e a quello risultante dal precedente

affidamento, né che la “lex specialis” non consentiva, di fatto, la presentazione di offerte anomale.

9.1.- Osserva la Sezione che nelle gare pubbliche il giudizio di anomalia è volto a verificare la complessiva sostenibilità dell'offerta e non a sindacarne la struttura, né l'affidabilità della impresa offerente, sicché è sicuramente anomala un'offerta dal cui complesso, a prescindere da ogni altra circostanza, non sia dato comunque evincere un ragionevole margine d'utile sull'intera commessa.

Quanto alla entità della offerta della Koppel A.W. s.r.l. essa, oltre che a non essere in perdita, non è stata oggetto di ricorso incidentale in primo grado ed è quindi irrilevante che fosse simile a quella della Elman s.r.l..

Stante la non indicazione di utile di impresa è altresì irrilevante che l'importo offerto dalla Elman s.r.l. fosse simile a quello risultante da un precedente affidamento della gara di cui trattasi.

E' infine indivisibile la tesi che la “lex specialis” non consentisse la presentazione di offerte anomale, non essendo ciò da escludere solo a causa della non ribassabilità dei costi per la sicurezza ed il personale.

10.- Con il secondo motivo di appello è stato affermato che, in relazione alle spese generali, il T.A.R. avrebbe ponderato in maniera inadeguata le affermazioni della appellante.

Nell'affermare che la Elman s.r.l., a seguito di richiesta di giustificazioni, non aveva quantificato alcun importo riferito alle spese generali ed aveva ommesso di indicare l'incidenza di tale voce sulla gara de qua, il primo Giudice non ha considerato che la richiesta di giustificazioni era riferita alle “spese generali di impresa” e non alle spese generali per lo svolgimento della commessa di cui trattasi; sicché correttamente la Elman s.r.l. aveva indicato in € 439.715, oltre al costo totale salari, esse spese generali di impresa. Comunque i costi generali dell'appalto sarebbero stati già pressoché interamente ripartiti ed ammortizzati con i contratti in essere.

10.1.- La censura in esame è, a parere della Sezione, chiaramente infondata, atteso che la richiesta di indicazione delle “spese generali di impresa”, effettuata con la richiesta di giustificazioni, non poteva che essere logicamente e necessariamente riferita a quelle relative allo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto e non a quelle generali dell'azienda riferite a tutto il complesso delle sue attività.

In mancanza di detta indicazione a nulla può valere che essi costi fossero ammortizzati con i contratti già stipulati ed in esecuzione.

11.- Con il terzo motivo di gravame è stato dedotto che il Giudice di primo grado, partendo dalle apodittiche affermazioni che la Elman s.r.l. non aveva giustificato l'utile e le spese generali, avrebbe indebitamente estrapolato due frasi di una relazione del R.U.P. per affermare la irragionevolezza delle conclusioni cui era pervenuta la stazione appaltante, peraltro rispetto a premesse poste non da detto responsabile, ma dal T.A.R..

In effetti detto R.U.P. aveva concluso per la congruità dell'offerta Elman dopo averla presa interamente in esame (a seguito delle giustificazioni fornite), in particolare analizzando l'utile che detta società si prefiggeva di conseguire non come utile in senso economico ma come beneficio marginale dato dal reimpiego del personale, dal prestigio aziendale e dall'aumento del fatturato, evidenziando che sui singoli impianti, con riferimento al lotto n. 1., la differenza tra il valore medio per impianto della Elman s.r.l. e Koppel A.W. (rispettivamente di € 315,84 e di € 350,33) andava da un minimo di € 20,24 ad un massimo di € 67,12 annuo; sicché, avuto anche riguardo alla precedente gestione (che prevedeva un valore medio per impianto di € 374,76), le offerte economiche di dette imprese erano da ritenersi adeguate.

Tale apprezzamento tecnico discrezionale del R.U.P., basato sul rapporto tra i dati economici risultanti dalle offerte di dette imprese e poi sul riferimento ai dati risultanti dal precedente affidamento, non avrebbe

presentato alcun aspetto di irragionevolezza o illogicità ed il giudizio di congruità dell'offerta della Elman s.r.l. sarebbe stato pienamente legittimo.

11.1.- La Sezione non può condividere dette censure, apparendo fondata la tesi del primo Giudice che il R.U.P. aveva illegittimamente considerato come utile di impresa quello non economico ma consistente nel beneficio marginale dato dal reimpiego del personale inattivo, dal prestigio aziendale, dall'aumento del fatturato, ecc..

In base a quanto in precedenza affermato, invero, per poter considerare una offerta seria ed affidabile è necessario, per costante giurisprudenza, che essa presenti comunque un utile economico che, anche se modesto, garantisca prestazioni regolari e qualitativamente adeguate a quelle richieste.

12.- In subordine è stato dedotto che la sentenza è viziata per violazione dei principi processuali sottesi al giudizio amministrativo e per travalicamento dei poteri attribuiti all'organo giudicante.

Sarebbe stato infatti accolto integralmente dal T.A.R. il ricorso della Koppel A.W. s.r.l., ritenendo non affidabile la offerta della Elman s.r.l. e disponendone la esclusione dalla gara, mentre la ritenuta contraddittorietà delle conclusioni cui è giunto il RUP non avrebbe potuto comportare la esclusione della Elman s.r.l. dalla gara, perché avrebbero dovuto essere annullati solo il giudizio di congruità dell'offerta e tutti i provvedimenti conseguenti, con necessità di nuova valutazione dell'offerta di detta società, senza negare la possibilità di integrazione delle giustificazioni sulle quali in precedenza il RUP aveva espresso il giudizio.

12.1.- Al riguardo osserva il Collegio che, avendo il Giudice di primo grado condivisibilmente ritenuto che la Elman s.r.l. non aveva comprovato la sostenibilità della sua offerta, la rilevata sostanziale anomalia che viziava la offerta non poteva comportare solo l'annullamento del giudizio di sua congruità formulato dall'Amministrazione e gli atti conseguenti, ma, condivisibilmente, anche la declaratoria della illegittimità della sua mancata

esclusione.

Pure la esaminata censura è quindi insuscettibile di assenso.

13.- E' stato infine affermato con il ricorso in appello che sarebbe erronea la condanna alle spese anche della Elman s.r.l., in quanto il vizio rilevato dal T.A.R. attiene al procedimento condotto dalla stazione appaltante ACER Parma.

13.1.- Osserva la Sezione che con la impugnata sentenza sono state condannate in solido al pagamento delle spese di giudizio entrambe le parti resistenti, cioè la ACER Parma e la Elman s.r.l..

A prescindere dalla parte cui era imputabile il vizio rilevato in sede di regolazione delle spese di giudizio, il giudice amministrativo deve esercitare la sua ampia discrezionalità al riguardo nella considerazione, soprattutto, in base all'intervenuta soccombenza, oltre che agli ulteriori elementi indicati dagli art. 91 ss., c.p.c., cui rinviano gli art. 88 e 39, c.p.a..

Tale discrezionalità è sindacabile in sede di appello nei limiti in cui la statuizione sulle spese possa ritenersi illogica o comunque errata, alla stregua dell'eventuale motivazione adottata, ovvero tenendo conto da un lato, in punto di diritto, del principio in base al quale, di regola, le spese seguono la soccombenza e dall'altro, in punto di fatto, della vicenda e delle circostanze emergenti dal giudizio.

Quindi in sede di appello può essere sindacata la statuizione relativa a tale condanna solo quando essa sia stata posta a carico di una parte non soccombente oppure risulti manifestamente irrazionale.

Nel caso che occupa le spese sono state poste a carico, oltre che della stazione appaltante, anche della Elman s.r.l., comunque soccombente, e ciò non appare irrazionale, avendo essa resistito in giudizio sostenendo erroneamente la legittimità del provvedimento di aggiudicazione ad essa della gara di cui trattasi.

Anche la censura in esame è quindi non positivamente valutabile.



14.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione. Tanto comporta la inutilità della disamina dei riproposti motivi di gravame formulati in primo grado e dichiarati assorbiti con la sentenza impugnata.

15.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2013

IL SEGRETARIO

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

