

Publicato il 15/02/2023

N. 01603/2023REG.PROV.COLL.  
N. 10493/2021 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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10493 del 2021, proposto da Eurorecuperi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Di Andrea e Federico Iacomelli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Fiumicino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Elena Conte, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

*nei confronti*

La Fenice Soc Coop, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Patricelli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma, sez. II, n. 9448/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fiumicino e de La Fenice Soc Coop;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2022 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Di Andrea e Conte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio – Roma, Eurorecuperi s.r.l. impugnava il provvedimento con il quale, all'esito del procedimento evidenziale indetto per la concessione, di durata biennale, del “*servizio di raccolta, trasporto e recupero di indumenti usati ed accessori di abbigliamento mediante posizionamento di contenitori anti-intrusione in aree pubbliche del territorio comunale*”, il Comune di Fiumicino aveva disposto l'aggiudicazione a favore della società coop. “La Fenice”, collocatasi al primo posto in graduatoria.

2.- A sostegno del gravame, la ricorrente lamentava, prospettando plurima violazione di legge:

a) che, in violazione e/o errata applicazione della *lex specialis* di gara ed alterando la parità di condizione tra gli operatori economico concorrenti, la stazione appaltante avesse esercitato un inedito un potere di “*interpretazione*” dell'offerta economica presentata dall'aggiudicataria, disponendone l'arbitraria correzione in taluni elementi fondamentali;

b) che, sotto più generale profilo, la valutazione delle proposte in concorrenza e l'attribuzione dei punteggi, relativamente al confronto comparativo tra le offerte tecniche migliorative, sarebbe stato connotato da macroscopiche contraddizioni ed illogicità;

c) che, prima ancora, in mancanza di criteri o subcriteri specifici, le valutazioni sarebbero state connotate da inadeguato ed incongruo supporto giustificativo;

d) che, in asserita violazione dell'art. 97, commi 3 e 6 del d. lgs. n. 50/2016, sarebbe stata erronea ed illegittima la decisione di non sottoporre a verifica di anomalia, né "obbligatoria" né facoltativa, l'offerta formulata dall'aggiudicataria, stanti le plurime ed emergenti ragioni di incongruenza nella valorizzata struttura dei costi.

3.- Nella resistenza della stazione appaltante e della controinteressata La Fenice – la quale formalizzava, a sua volta, ricorso incidentale prospetticamente escludente, con il quale denunciava la carenza, in capo alla ricorrente principale, dei requisiti di partecipazione alla competizione – con la sentenza epigrafata il TAR adito respingeva sia il ricorso incidentale che quello principale, disponendo l'integrale compensazione delle spese di lite.

Segnatamente, la decisione: a) assumeva corretta l'emenda dell'offerta dell'aggiudicataria, la cui errata formulazione si palesava, in concreto, frutto di evidente errore materiale; b) escludeva, in ragione della autonomia delle valutazioni tecniche rimesse alla stazione appaltante e nella riscontrata assenza di evidenti profili di irragionevolezza o di macroscopica erroneità, che la valutazione comparativa delle offerte potesse ritenersi complessivamente irragionevole; c) escludeva, in fine, sia la ricorrenza dei presupposti per l'obbligatoria sottoposizione a verifica di anomalia (in ragione della disposta esclusione della terza concorrente partecipante), sia la ventilata incongruità del valorizzato margine di remunerazione dell'offerta vincente, alla luce delle voci di costo e dei prospettici ricavi evidenziati.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Eurorecuperi s.r.l. impugnava la ridetta statuizione, di cui lamentava la complessiva erroneità ed infondatezza, auspicandone l'integrale riforma.

Si costituivano in giudizio, in resistenza, il Comune di Fiumicino e La Fenice sooc. coop..

Alla pubblica udienza del 13 ottobre 2022, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo di gravame, l'appellante denuncia *error in iudicando*, relativamente alla valutazione, espressa dal primo giudice, in ordine alla corretta formulazione della offerta economica, per la quale la stazione appaltante aveva disposto la mera emenda di un errore materiale, evincibile *ictu oculi*, dal quale era connotata.

A dire dell'appellante, non di errore materiale si sarebbe trattato, ma di obiettiva e non emendabile formulazione al rialzo della proposta negoziale, sulla quale, allora, la stazione appaltante avrebbe operato un arbitrario intervento manipolatorio.

1.1. Il motivo non è fondato.

Alla luce della documentazione in atti, non contestata dalle parti, risulta: *a*) che, nella sua offerta economica, la società appellata aveva proposto, giusta le indicazioni della *lex specialis*, un rialzo percentuale rispetto al prezzo base d'asta (stabilito dalla stazione appaltante in € 324,00 per ogni cassonetto oggetto di intervento); *b*) che – indicando quale rialzo percentuale il 108% – la stessa aveva, in ogni caso, quantificato *in termini assoluti* il prezzo unitario offerto per ogni cassonetto, nella misura di € 349,92; *c*) che, nella prospettiva dell'odierna appellante, tale dato si sarebbe risolto in una (inemendabile) discrasia tra l'aumento percentuale (che avrebbe portato ad un valore di € 673 per ogni cassonetto) e l'aumento reale (pari, come vale ripetere, ad € 349,92), rendendo l'offerta incerta e meritevole, per ciò solo, di estromissione.

Ciò posto, appare evidente che l'indicazione percentuale sia stata formulata in modo erroneo, ma immediatamente riconoscibile e senz'altro rettificabile, nella prospettiva conservativa della esatta acquisizione dei termini della proposta negoziale.

Appare chiaro, in effetti, che il *valore offerto* (€ 349,92) corrispondesse esattamente (e precisamente) al 108% della indicazione parametrica a base d'asta ( $€ 324,00 \times 1,08 = € 349,92$ ). Si intende, perciò, che la concorrente aveva inteso *quantificare* in termini percentuali (oltreché assoluti) il prezzo offerto, per tal via evidenziando, senza incertezza, l'*effettivo* aumento proposto.

In altri termini – sia pur erroneamente dichiarando la percentuale di *incremento* del prezzo posto a base d'asta – l'intento, del tutto intellegibile, era quello di evidenziare il *prezzo* della proposta (sia in termini percentuali, sia in termini assoluti): laddove l'*incremento* o *aumento* percentuale era in realtà – con immediato e perspicuo calcolo matematico – pari all'8% [detto  $p$  il prezzo base e  $p'$  il prezzo offerto in aumento, si ha, in effetti, che  $p' = p + 8\% p = (1 + 0,8) p = 1,08 p = 108\% p$ ].

Che di semplice errore materiale si tratti (e non di abnorme offerta al rialzo) è confermato non solo (e non tanto) dalla palese anomalia della *complessiva* offerta al rialzo (plasticamente evidenziata dalla moltiplicazione dell'aumento per il numero totale dei cassonetti) – ciò che, si deve convenire, non sarebbe stato *di per sé* sufficiente ad autorizzare l'intervento correttivo e manipolativo della stazione appaltante, che non ha facoltà di soccorso nella acquisizione dell'offerta – ma proprio, e con ogni evidenza, dalla *precisa* e rimarcata corrispondenza, *al centesimo*, tra il ridetto incremento percentuale e il corrispondente esito assoluto.

Correttamente, perciò, il primo giudice – sul rilievo del carattere manifesto dell'errore e della possibilità di emendarlo facendo riferimento solo ai dati intrinseci dell'offerta economica presentata dalla stessa concorrente, senza dover far ricorso a fonti esterne o ad eterointegrazioni vietate dai principi dell'immodificabilità dell'offerta e della *par condicio* dei concorrenti – ha valorizzato il principio per cui, per consolidato intendimento, nelle gare pubbliche deve ritenersi senz'altro ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa concorrente, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, sempreché sia dato giungere, come certamente deve dirsi nella specie, ad esiti certi ed incontrovertibili in ordine alla effettiva portata dell'impegno negoziale, e ciò nella prospettiva della ricerca e della valorizzazione di una volontà effettiva del dichiarante che non richieda, per essere esattamente acquisita, di operazioni di integrazione e/o di rettifica che non siano *implicitamente* ma *chiaramente* estraibili dal tenore della proposta e dai

dati economici allegati (cfr., tra le molte Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7758; Id., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; Id., sez. IV, 6 maggio 2016, n. 1827).

2.- Con distinto mezzo, l'appellante si duole che, nel respingere il quarto motivo del ricorso di prime cure, il TAR abbia ritenuto, in applicazione dell'art. 97, comma 3 del d. lgs. n. 50/2016, che legittimamente la stazione appaltante si fosse sottratta alla verifica obbligatoria di anomalia a carico della società aggiudicataria, in ragione del fatto che – con la disposta esclusione del terzo operatore economico che aveva fatto domanda di partecipazione – fosse, in concreto, difettante il presupposto del numero delle offerte ammesse “*pari o superiore a tre*”.

A suo dire: *a*) la disposizione *de qua* non troverebbe applicazione in materia di affidamento di servizi, per i quali – in mancanza di parametri legislativi idonei ad individuare con precisione i relativi presupposti – la verifica dell'anomalia delle offerte sarebbe imposta dai “*principi generali dell'azione amministrativa*” e, in particolare, dal canone di ragionevolezza; *b*) inoltre, nel caso di specie, l'esclusione dell'offerta presentata in gara dalla terza concorrente (raggruppamento Elle 30/RAU), appariva del tutto incomprensibile, al segno da legittimare la supposizione (o il sospetto) che l'esclusione potesse essere stata (strumentalmente) finalizzata proprio e solo al fine di richiamare la norma invocata per consentire di escludere dal controllo di anomalia l'offerta dell'aggiudicataria.

2.- Il motivo è infondato.

Osserva il Collegio che, di là da ogni altro rilievo, proprio l'assunto censorio dell'appellante – secondo cui, in materia di affidamento di servizi, l'art. 97, comma 3 (e, segnatamente, la puntuale prefigurazione dei presupposti per l'obbligatoria attivazione della verifica di anomalia), non sarebbe applicabile, dovendo farsi capo (solo) al generale canone di ragionevolezza – porterebbe a ritenere, contro l'intenzione, che il subprocedimento giustificativo sarebbe rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante, risultando – con ciò –

sempre (e per definizione) *facoltativo* e mai *vincolato*, come per contro si pretende.

Non appare, allora, irragionevole che – di là dalla diretta applicabilità del criterio del numero minimo di offerte, prefigurato dall'art. 97, comma 3 cit. – l'Amministrazione abbia ritenuto non necessario (cioè, non automatico) attivare la fase di giustificazione, in assenza di elementi concretamente sintomatici della anomalia dell'offerta.

È, in tale prospettiva, perfino irrilevante la disposta estromissione della terza impresa offerente (in ordine alla quale, in ogni caso, il ventilato sospetto di strumentalità ed elusività è rimasto, in assenza di puntuali e specifici elementi di prova in tal senso, allo stato di mera enunciazione, che non può essere, come tale, assecondata).

3.- Parimenti destituito di fondamento l'ulteriore motivo di gravame, con il quale l'appellante si duole della mancata attivazione (facoltativa, *ex* art. 97, comma 6 d. lgs. n. 50/2016) dell'offerta formulata dall'aggiudicataria, a suo dire sospetta relativamente alla effettiva sostenibilità ed utilità economica ragionevolmente ritraibile dalla esecuzione della commessa.

Invero, con adeguata motivazione, che si sottrae alle prospettate censure, la sentenza appellata ha evidenziato la concreta insussistenza di profili di “*macroscopica antieconomicità*” nella offerta formulata da La Fenice: e ciò in ragione del fatto che, per un verso, i costi dichiarati non risultavano superare i ricavi presunti nel biennio e che, in ogni caso, l'attività della controinteressata dovesse essere concretamente valutata alla luce della sua natura di Onlus, non orientata ad uno meramente scopo di lucro, ma alla creazione di posti di lavoro ed alla promozione dell'integrazione sociale.

Più in dettaglio, nel piano economico-finanziario elaborato risultavano puntualmente riportati i costi aziendali (per un totale di € 72.943,40 annuo, pari ad € 145.886,80 per il biennio) ed il valore della produzione stimata in base agli abitanti del Comune di Fiumicino ed alla produzione *pro capite* (pari ad € 88.747,88 annui, e quindi ad € 177.495,75 per il biennio), con

conseguente prefigurazione dell'esistenza di un apprezzabile e prospettico margine di remuneratività della gara (l'utile di esercizio risultando pari ad € 15.804,58 annui).

4.- Con ultimo motivo di doglianza, l'appellante si duole del rigetto del secondo e del terzo motivo di ricorso di prime cure, con i quali aveva censurato, sotto il profilo della complessiva congruità e ragionevolezza, la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi.

In particolare si duole che la sentenza non abbia considerato che, nella vicenda in esame, la possibilità di applicare sostanzialmente punteggi *on/off* (con l'attribuzione di punteggi pari a zero) non fosse neppure prevista dalla *lex specialis*, la quale avrebbe dovuto intepretarsi nel senso dell'opzione (esclusiva) per criteri valutativi graduati (da un minimo ad un massimo).

4.1.- Il motivo è inammissibile.

Per un verso, infatti, si limita a censurare la valutazione del primo giudice, senza formulare alcuna specifica e puntuale valutazione critica in ordine alla relativa motivazione, che ha ritenuto corretto, nei limiti del potere discrezionale spettante, la valutazione della stazione appaltante. Per altro verso introduce, per la prima volta in fase di appello ed in violazione del divieto di *jus novorum* posto dall'art. 104 cod. proc. amm., una specifica ragione di doglianza non articolata in prime cure.

5.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello risulta complessivamente infondato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese del grado, che liquida in complessivi € 5.000, oltre accessori di legge, a favore del Comune di Fiumicino e in € 5.000, oltre accessori, a favore della soc. coop. La Fenice.



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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giovanni Grasso**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**