

Pubblicato il 21/11/2016

N. 04888/2016REG.PROV.COLL.

N. 02096/2016 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 2096 del 2016, proposto da:  
La Cascina Global Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

**contro**

Università della Calabria, in persona del Rettore pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Pitaro e Giovanni Macri', con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alberto Colitti in Roma, viale G. Rossini, 18;

**nei confronti di**

Conca D'Oro di Esposito Francesco e C Sas, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Rossella Barberio e Ugo Luciano Celestino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sara Di Cunzolo in Roma, via Aureliana, 63;  
per la riforma  
della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Catanzaro, Sezione II.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università della Calabria e di Conca D'Oro di Esposito Francesco e C s.a.s.;  
viste le memorie difensive;  
visti tutti gli atti della causa;  
relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2016 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Perrone, Barberio per se e in dichiarata delega di Macri'.

**FATTO e DIRITTO**

1.- Il direttore generale dell'Università della Calabria, con decreto 1° dicembre 2014, n. 2415, ha indetto una procedura di gara, mediante procedura aperta, per l'affidamento in concessione, per nove anni, del

servizio bar, tabacchi, pasticceria, pizzeria e tavola calda/fredda all'interno della sede universitaria di Arcavacata di Rende.

La graduatoria, all'esito della procedura, era così composta: prima, La Cascina G.S. (d'ora innanzi solo Cascina), con 93,55 punti; seconda, Cardamone Group, con 77,93 punti; terza Conca d'Oro, con 67,70, punti. La commissione di gara, alla luce della relazione del responsabile del procedimento che ha rilevato la incongruità del piano economico finanziario della Cascina, ha escluso quest'ultima dalla procedura, unitamente al secondo classificata, e ha aggiudicato la gara alla Conca d'Oro.

La Cascina ha impugnato gli atti della procedura innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, facendo valere la violazione delle regole del contraddittorio nel giudizio di anomalia e comunque nel merito la mancanza di qualunque fondamento della decisione amministrativa.

2.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza in forma semplificata 10 dicembre 2015, n. 1867, ha rigettato il ricorso.

3.- La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

3.1.- Si è costituita in giudizio la società contro interessata e l'amministrazione intimata, chiedendo il rigetto dell'appello.

4.- La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 7 luglio 2016.

5.- L'appello è fondato.

5.1.- L'amministrazione aggiudicatrice si è autovincolata al rispetto della procedura di verifica di anomalia, così come disciplina dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, applicabile *ratione temporis*. In particolare l'art. 87 del citato decreto, in attuazione di precisi vincoli europei, disciplina le modalità di svolgimento della procedura di verifica che deve rispettare le regole del contraddittorio fondate sulla relazione tra richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante e giustificazioni rese dall'operatore economico.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso mira quindi a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto (Cons. St, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4516; sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6442; sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2956; sez. V, 18 febbraio 2013, n. 973, 15 aprile 2013, n. 2063), così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere.

La stessa giurisprudenza ha chiarito che «il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio (tra amministrazione appaltante ed offerente)» (Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; 23 luglio 2012, n. 4206; sez. V, 20 febbraio 2012, n. 875; sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801; 21 maggio 2009, n. 3146).

Il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, con la conseguenza che il giudice amministrativo può sindacarla soltanto nel caso in cui essa si ponga in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica.

6.– Con un primo motivo l'appellante deduce che la stazione appaltante non ha rispetto le regole del contraddittorio nella formulazione del giudizio di anomalia. Con un secondo motivo si assume che, nel merito, la decisione assunta, fondata sulla asserita sovrastima dei ricavi, sarebbe erronea.

Il motivo è fondato.

La stazione appaltante, con note del 16 giugno e 16 luglio 2015, numeri 15741 e 18913, ha chiesto chiarimenti in ordine a taluni costi che l'impresa appellante deve sostenere nell'esecuzione dell'appalto, La Cascina ha fornito i chiarimenti richiesti, con note del 1° e 21 luglio 2015, numeri 17221 e 19245.

L'amministrazione aggiudicatrice, dopo avere svolto un ulteriore contraddittorio orale, ha ritenuto ugualmente non congrua la domanda. La decisione assunta è illegittima.

La stazione appaltante ha, infatti, posto a base della decisione motivi non del tutto coincidenti con quelli che sono stati oggetto del procedimento che si è svolto in contraddittorio.

In particolare, nella prima richiesta di chiarimenti la stazione appaltante ha fatto riferimento a:

- «documentazione dimostrativa della correlazione tra l'ammontare dell'investimento prodotto nell'ambito dell'offerta economica e le opere, attrezzature, servizi (...) opportunamente indicati nell'offerta tecnica presentata»;
- «indicazioni quali-quantitative puntuali di tutte le assunzioni che il soggetto proponente ha utilizzato per addivenire alla quantificazione del conto economico (...)»;
- «schema analitico di copertura degli investimenti proposti»;
- «schema prospettico analitico dei flussi di cassa generati dall'iniziativa».

Nella seconda richiesta l'amministrazione appaltante ha chiesto chiarimenti in ordine a:

- « (...) preventivo afferente alle attrezzature riguardanti il locale 2 bar-pasticceria-ristorante-pizzeria»;
- «computazione, nell'ambito del preventivo inerente le attrezzature relative al locale 2 bar-pasticceria-ristorante-pizzeria, dei n. 3 elementi cassa riportati nell'offerta tecnica»;
- «lavorazioni riportate nell'ambito del computo metrico estimativo e dei preventivi afferenti alle attrezzature, in funzione del crono programma proposto»;
- «turnazione del personale indicato, in relazione agli orari di apertura proposti nell'ambito dell'offerta tecnica»;
- «valore delle potenze elettriche relative alle attrezzature ed alle macchine».

Da quanto riportato emerge chiaramente come il contraddittorio abbia avuto ad oggetto taluni costi.

Nella decisione finale che ha condotto ad un giudizio di non congruità dell'offerta economica la stazione appaltante ha messo in rilievo quanto segue:

- le stime relative ai ricavi «appaiono sopravvalutare le potenzialità dell'iniziativa, anche in considerazione del fatto che parte delle aree sarà chiusa durante la giornata e soprattutto all'ora di pranzo (...). Il fatturato stimato dai proponenti, già a partire dal primo anno, è superiore al milione di euro(...) a fronte di un valore stimato del fatturato potenziale della concessione da parte del responsabile del procedimento di euro 300.000.000»;
- «l'ammontare dell'investimento iniziale ha un valore complessivo non proporzionato allo stato della struttura e alle sue reali prospettive di cassa e reddituali (...), alle necessità di rinnovamento, agli obiettivi strategici del bando e alla durata temporale dello stesso»;
- «il canone annuo proposto (...) appare estremamente fuori mercato rispetto ai prezzi prevalenti per locali simili nella stessa area» e sarebbe «difficilmente sostenibile in base alle reali potenzialità dell'iniziativa»;
- «dalle osservazione delle stime dei costi emergono minori perplessità»; in particolare «i costi del personale risultano (...)sovrastimati rispetto alle reali esigenze di gestione».

Da quanto esposto emerge con chiarezza che il giudizio finale si sia basato su criticità afferenti al complessivo progetto industriale e alla asserita sovrastima dei ricavi (profili che peraltro mal si prestano a una valutazione oggettiva, come deve tendenzialmente atteggiarsi quella di anomalia), con un marginale riferimento alla questione dei costi. Non si è trattato di uno mero scostamento, con finalità di specificazione, rispetto al perimetro di indagine delimitato con le richieste di chiarimenti, ma di una valutazione che ha implicato il riferimento ad aspetti completamente nuovi e solo soggettivamente rilevanti nel complessivo giudizio di affidabilità. Si tenga conto, in particolare, che questa valutazione è stata svolta mediante critiche al progetto industriale della società che è stato oggetto di generica contestazione senza dunque che tale incidenza su valutazioni imprenditoriali sia stata sorretta da adeguata motivazione. In definitiva, l'amministrazione ha violato le regole del contraddittorio nella valutazione dell'anomalia dell'offerta e ha formulato un giudizio non congruamente motivato, con la conseguenza che la determinazione finale assunta risulta contraria al principio di ragionevolezza tecnica.

7.- L'accoglimento dei motivi sopra indicati esime il Collegio dall'esaminare le altre doglianze prospettate dall'appellante.

8.- La illegittimità degli atti impugnati implica la privazione di effetti del contratto stesso, in ragione, da un lato, dell'interesse pubblico a che il contratto venga eseguito dall'operatore economico che ha presentato l'offerta migliore, dall'altro, della indubbia possibilità che, avuto riguardo alla complessiva durata del rapporto, si realizzi il subentro dell'appellante nel seguito del rapporto contrattuale in perdurante corso di svolgimento; e per una durata – decorrente dalla data del subentro – pari a quella contrattuale prevista nel bando di gara (in ciò restando così assorbita ogni questione risarcitoria).

9.- Le parti resistenti sono condannate al pagamento, in solido, in favore della società appellante delle spese del doppio grado di giudizio che si

liquidano in euro 8.000,00, oltre s.g. e accessori di legge e con rifusione dei c.u. se versati.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti impugnati;
- b) condanna le parti resistenti al pagamento, in solido, in favore della società appellante delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in euro 8.000,00, oltre s.g. e accessori di legge e con rifusione dei c.u. se versati.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco,           Presidente  
Roberto Giovagnoli,   Consigliere  
Dante D'Alessio,       Consigliere  
Andrea Pannone,       Consigliere  
Vincenzo Lopilato,   Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE  
Ermanno de Francisco