

N. 00962/2016REG.PROV.COLL.

N. 08757/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8757 del 2015, proposto dalla s.r.l. Markas, in proprio e in qualità di capogruppo del RTI con la ditta Copma Soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 284;

contro

L'Azienda Ulss n. 22 Bussolengo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Dalla Mura e Nicolò Paoletti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nicolò Paoletti in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 34;

nei confronti di

Cns - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Canina, n. 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 1033/2015, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla gara di appalto per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione delle strutture dell'Azienda U.L.S.S.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ulss N. 22 Bussolengo e del Cns - Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop.;

Visto l'appello incidentale del CNS;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Carlo Malinconico, Franco Dalla Mura e Roberto Paviotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto respingeva il ricorso n. 799 del 2015, proposto dalla s.r.l. Markas, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la mandante Copma Soc. Coop. a r.l., (d'ora innanzi Markas) contro la propria esclusione, in esito al subprocedimento di verifica dell'anomalia, dalla procedura indetta dall'Azienda U.L.S.S. n.22 Bussolengo (d'ora innanzi Azienda) per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione delle proprie strutture.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la Markas, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Resisteva l'Azienda, che contestava la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Si costituiva in giudizio, proponendo appello incidentale, anche il CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (d'ora innanzi CNS), al quale era stato successivamente aggiudicato l'appalto, eccependo l'inammissibilità del ricorso di primo grado, per non essergli stato notificato, e difendendo, nel merito, la correttezza della decisione impugnata in via principale e della quale chiedeva la conferma, in ipotesi con diversa formula dispositiva.

Con l'ordinanza n. 4989 del 5 novembre 2015, questa Sezione sospendeva l'esecutività della sentenza appellata.

L'appello veniva successivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 25 febbraio 2016.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'esclusione dalla gara della Markas, disposta in esito alla fase procedurale di verifica dell'anomalia dell'offerta e sulla base del duplice rilievo dell'inadeguatezza del costo di sicurezza aziendale, originariamente indicato in Euro 16,33, formulato in esito alla logicamente presupposta considerazione dell'impossibilità di tener conto della diversa quantificazione della relativa voce (rettificata in Euro 16.650 solo con le giustificazioni trasmesse nell'ambito del subprocedimento in questione), e della mancata indicazione, tra le spese del personale, di quelle afferenti la «necessaria attività di gestione e coordinamento».

Il TAR per il Veneto ha riscontrato la legittimità dell'esclusione controversa, sulla base della dirimente considerazione che la differente e successiva quantificazione degli oneri di sicurezza aziendali ha comportato un inammissibile stravolgimento della consistenza e della composizione dell'offerta economica, pur nell'invarianza dell'importo complessivo, e che correttamente la stazione appaltante ha fondato il giudizio di inadeguatezza del relativo costo sulla sola base della stima inizialmente indicata.

L'appellante Markas critica la correttezza di tale valutazione, sulla base delle argomentazioni di seguito più diffusamente esaminate, ma riassumibili nell'assunto che mediante le giustificazioni la ricorrente si è limitata a precisare la composizione degli oneri afferenti alla sicurezza aziendale, inizialmente computati in diverse voci dell'offerta economica, senza, tuttavia, alterare la consistenza globale della stessa.

2.- Il rispetto dell'ordine logico, nella trattazione delle questioni, imporrebbe di esaminare con priorità l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per non essere stato notificato al controinteressato CNS (e da questi introdotta nel presente grado di giudizio per mezzo della proposizione di appello incidentale), ma reputa il Collegio di prescindere dall'esame di tale eccezione, in considerazione dell'infondatezza, nel merito, dell'appello, per come di seguito argomentata.

3.- Con un primo ordine di deduzioni, l'appellante critica il giudizio gravato in quanto pronunciato, in sintesi, senza considerare l'ammissibilità, nella fase procedurale in questione, di compensazioni interne all'offerta economica ed il carattere necessariamente globale del giudizio di anomalia.

3.1- Prima di esaminare tali censure, occorre definire i confini della questione effettivamente controversa, precisando, in fatto, che, nella procedura contestata, la stazione appaltante aveva correttamente previsto, nel disciplinare di gara, l'obbligo di indicare separatamente, nell'offerta economica, gli oneri di sicurezza aziendale (in coerenza con i principi enunciati dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 3 e 9 del 2015), che la Markas aveva ottemperato a tale previsione, indicandoli nell'importo di Euro 16.33, e che la stessa concorrente era stata esclusa, non per la mancanza della relativa quantificazione, ma per l'incongruità della pertinente stima, sicchè la legittimità dell'impugnata esclusione dev'essere giudicata con esclusivo riferimento alla correttezza della valutazione sottesa all'impugnato provvedimento di esclusione.

3.2- Così chiariti i termini della questione controversa, si osserva che, se è vero, come sostiene l'appellante, che il giudizio sull'anomalia postula un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso (Cfr. ex multis Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n.963) e che, nel contraddittorio procedimentale afferente al relativo segmento procedurale, sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica, ferma restando la sua strutturale immutabilità (Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5102), è anche vero che l'applicazione di tali principi incontra il duplice limite, in generale, di una radicale modificazione della composizione dell'offerta (da intendersi preclusa), che ne alteri l'equilibrio economico (allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni), e, in particolare, di una revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa, per come interpretata e valorizzata dalle citate decisioni dell'Adunanza Plenaria (nn. 3 e 9 del 2015).

Ne consegue, per un verso, che il giudizio di inattendibilità dell'offerta può legittimamente investire specifiche voci di costo (Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2015, n.89), quando le stesse assumano una rilevanza tale da inficiare, di per sé, la serietà dell'offerta, e che, per un altro, la valutazione di quest'ultima possa legittimamente appuntarsi sulla congruità dei soli oneri di sicurezza aziendale, quale segmento dell'offerta che ha ricevuto dal legislatore una peculiare e specifica regolazione (art.87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006), che implica, a sua volta, una autonoma rilevanza della relativa voce, a protezione delle incompressibili esigenze pubblicistiche soddisfatte dal regime normativo di riferimento.

Diversamente opinando, si verrebbe, invero, all'inaccettabile conseguenza di consentire un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica (nella fase del controllo dell'anomalia), con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, il che si porrebbe in contrasto con le esigenze conoscitive, da parte della stazione appaltante, della sua struttura di costi, e, segnatamente, degli interessi sottesi alla specifica individuazione degli oneri di sicurezza aziendale (la cui necessaria integrità viene espressamente sancita dall'art.87, comma 4, d.lgs. cit.), che resterebbero in tal modo irrimediabilmente vanificati.

Non solo, ma, accedendo alla prospettazione difensiva articolata nell'atto d'appello, si finirebbe per snaturare completamente la funzione e i caratteri del subprocedimento di anomalia, trasformando inammissibilmente le giustificazioni, che, nella disciplina legislativa di riferimento, servono a chiarire le ragioni della serietà e della congruità dell'offerta economica, in occasione, *secundum eventum*, per una sua libera rimodulazione, per mezzo di una scomposizione e di una diversa ricomposizione delle sue voci di costo (per come dettagliate nella domanda di partecipazione originaria), che implicherebbe, peraltro (oltre ad una evidente lesione delle esigenze di stabilità ed affidabilità dell'offerta), anche una violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

3.3- Orbene, in coerenza con i canoni di azione amministrativa appena enunciati ed in applicazione dei corrispondenti parametri di giudizio, va rilevato, da un lato, che l'Amministrazione procedente ha, nella fattispecie in esame, legittimamente ritenuto di non considerare, quale elemento di valutazione dell'anomalia, l'importo degli oneri di sicurezza corretto in aumento dalla Markas solo in occasione delle giustificazioni, siccome radicalmente modificativo del costo inizialmente indicato (con una moltiplicazione esponenziale dello stesso), e, da un altro lato, che quest'ultimo è stato ragionevolmente considerato incongruo ed idoneo, di per sé, a fondare il giudizio di inattendibilità dell'offerta (unitamente all'ulteriore rilievo, di seguito esaminato) e a legittimare, quindi, l'esclusione della Markas.

3.4- Né vale, di contro, obiettare che la struttura rigida del modello allegato al disciplinare imponeva di scorporare il costo della mano d'opera dagli oneri di sicurezza aziendale ed impediva, quindi, la corretta allocazione, in una sola voce, del complesso di questi ultimi, posto che la scomposizione delle voci articolata nel modello contestato non appare in alcun modo impositiva della soluzione scelta dalla ricorrente, tanto che le altre concorrenti hanno correttamente quantificato nella voce in questione il totale degli oneri di sicurezza.

4.- Quanto, invece, alle critiche rivolte al capo di decisione riferito all'ulteriore rilievo posto a fondamento dell'esclusione, e, cioè, la carenza delle spese di personale riferite all'attività di gestione e coordinamento, va osservato (anche tenuto conto che il corretto rilievo negativo sopra analizzato risulta, di per sé, sufficiente a giustificare l'esclusione controversa) che, in coerenza con i principi che presidono alla valutazione delle offerte anomale (per come sopra enunciati) e che precludono, per quanto qui rileva, una significativa alterazione della composizione originaria dell'offerta economica, del tutto correttamente l'Amministrazione ha ritenuto inammissibile la postuma imputazione di una parte (che si rivela, in ogni caso, inadeguata) delle spese generali ed amministrative alla remunerazione del personale di livello diverso dal II impiegato nell'attività di gestione e coordinamento, i cui oneri, invece, si sarebbero dovuti *ab origine* classificare tra le spese del personale.

5.- Con il secondo motivo di appello, si ribadisce la censura intesa a lamentare l'illegittimità della disciplina di gara, nella parte in cui, per mezzo dell'allegazione al disciplinare del modulo 2, essa ha irrigidito le modalità di compilazione dell'offerta economica, predeterminando, in uno schema vincolante, i criteri di computo delle voci di costi afferenti, in particolare, al personale e agli oneri di sicurezza, di guisa da impedire alle concorrenti una corretta articolazione dell'offerta o, comunque, una successiva giustificazione della sua complessiva affidabilità.

5.1- Anche tale doglianza dev'essere disattesa.

5.2- Come già rilevato, infatti, la scomposizione dell'offerta cristallizzata nell'allegato 2, lungi dal costringere le concorrenti ad una rigida ripartizione degli oneri economici dell'offerta, consentiva la corretta allocazione dei costi nelle pertinenti voci (così come hanno fatto le altre candidate), impedendo solo, in conformità alle regole sopra enunciate, una postuma e indiscriminata traslazione delle stime da un capitolo all'altro, proprio a presidio degli interessi sottesi alla *par condicio* ed alla serietà della proposta formalizzata con la domanda di partecipazione alla procedura (non sacrificabili in ragione dell'esigenza, che non riceve protezione normativa, a differenza di quelle che ne risulterebbero vanificate, di una completa flessibilità interna dell'equilibrio dell'offerta economica).

6.- Occorre, da ultimo, ribadire l'insussistenza (già rilevata dal T.A.R.) dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, sulla base dell'assorbente rilievo che la disciplina nazionale che regola il controllo dell'anomalia delle offerte non risulta violativa dei principi europei della libera concorrenza, là dove consente alle imprese concorrenti (assicurando loro adeguate garanzie partecipative) di precisare e chiarire le ragioni della remuneratività e della serietà dell'offerta economica (anche per mezzo di limitate compensazioni tra sovrastime e sottostime) ed impedisce solo l'arbitraria traslazione dei costi da una voce all'altra e, quindi, una radicale modificazione postuma della struttura e dell'equilibrio dell'offerta economica (che infrangerebbero, quelle sì, le regole europee sulla libera concorrenza).

7.- Alle considerazioni che precedono, conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

8.- La peculiarità della questione principalmente controversa giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8757 del 2015, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa tra tutte le parti le spese processuali del secondo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere