



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 4702 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

SANITRANS - Servizi Professionali s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Nicolo' Paoletti, Alberto Borella e Franco Stivanello Gussoni, con domicilio eletto presso avv. Nicolo' Paoletti in Roma, via Barnaba Tortolini 34;

contro

Azienda ULSS n. 12 Veneziana, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Pafundi e Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n.14;

nei confronti di

Venezia Soccorso Soc.Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Ciatara e Giovanna Fiore, con domicilio eletto presso avv. Giovanna Fiore in Roma, via degli Scipioni n.94;

per la riforma

del dispositivo di sentenza n. 00772/2012 e della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA n. 00893/2012, rese tra le parti, concernenti AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA APPALTO SERVIZIO DI TRASPORTO ACQUEO DI UTENTI DA SOTTOPORRE A TRATTAMENTO DIALITICO

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda ULSS n. 12 Veneziana e di Venezia Soccorso Soc.Coop. a r.l,;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2012 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Borella, Pafundi e Ciatara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo per il Veneto – Sezione I, con dispositivo di sentenza n.772/2012 e poi con sentenza breve n. 893 del 30 maggio 2012 depositata il 27 giugno 2012, ha respinto, con compensazione delle spese, il ricorso con motivi aggiunti proposto da Sanitrans Servizi Professionali s.r.l. con sede in Venezia, avverso i provvedimenti con i quali l'A.U.L.S.S. n.12 Veneziana ha, dapprima, aggiudicato provvisoriamente in data 11 aprile

2012 e poi, definitivamente, con deliberazione n.398 in data 9 maggio 2012, a favore di Venezia Soccorso Società Cooperativa a.r.l., con sede in Cannaregio – Venezia, l'appalto per il servizio di trasporto acqueo di utenti da sottoporre a trattamento dialitico, per 36 mesi e per un valore complessivo di € 1.692.000,00, per il quale è stato offerto il maggior ribasso del 40%.

Il T.A.R. ha, infatti, concluso che, in relazione al tipo di servizio, l'A.U.S.L. non fosse tenuta alla procedura di verifica dell'anomalia ai sensi degli artt. 86 e 87 del D.Lgs. n.163/2006, posto che il bando consentiva la possibilità di organizzare il servizio con moduli diversi e che le censure della Sanitrans assumevano come parametro la propria soluzione organizzativa.

Ha respinto, altresì, le doglianze relative alla mancata indicazione da parte della Venezia Soccorso circa il subappalto, alla carenza di motivazione della nota in data 4 maggio 2012 di risposta al preavviso di ricorso e, in via subordinata, agli asseriti vizi del bando soprattutto in merito ai profili tecnici e organizzativi dell'offerta da presentare.

2. La Sanitrans, gestore uscente, con atti notificati rispettivamente il 13 e il 26 giugno 2012 depositati il 22 giugno e il 5 luglio 2012, ha interposto, con domanda di sospensiva, appello dapprima avverso il dispositivo di sentenza e poi, con motivi aggiunti, avverso la sentenza di cui innanzi, riproponendo essenzialmente i motivi di primo grado.

In particolare, l'appellante insiste sulla sussistenza dell'obbligo in capo all'Azienda di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta della Venezia Soccorso che ha proposto, rispetto al canone mensile di € 47.000 posto a base d'asta, un ribasso del 40% a fronte dello 0,01% dell'appellante, richiamando anche talune pronunce giurisprudenziali e indicazioni dell'A.V.C.P. e censurando il T.A.R. per aver supplito all'inerzia dell'Azienda procedendo di fatto per l'appunto a detta verifica.

3. La A.U.L.S.S. n.12 Veneziana, con memoria depositata il 10 luglio 2012, si è costituita in giudizio replicando puntualmente ai motivi dell'appello, sottolineando il carattere "provocatorio" del ribasso offerto dalla Sanitrans nello 0,1% e ribadendo l'assenza di obbligo di verifica attese le riconosciute congruità e convenienza dell'offerta.

Ha eccepito in via preliminare l'irricevibilità dell'appello per la parte delle censure rivolte avverso il bando e il capitolato, in quanto notificato oltre il termine di trenta giorni dalla pubblicazione del bando stesso.

4. La Venezia Soccorso, con memoria depositata il 25 ottobre 2012, si è costituita in giudizio e, con memoria depositata il 31 ottobre 2012, ha controdedito alle doglianze dell'appellante con argomentazioni in sintonia con quelle dell'Azienda.

5. La Sezione, con decreto monocratico n. 2514 del 28 giugno 2012, ha sospeso il dispositivo di sentenza e, con ordinanza n. 2741 del 13 luglio 2012, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, "posto che l'offerta dell'aggiudicataria presenta aspetti di anomalia che l'Amministrazione avrebbe dovuto sottoporre a verifica".

6. La Sanitrans ha depositato due memorie di replica in data 30 ottobre e 6 novembre 2012, soggiungendo che l'Azienda ha prorogato il servizio fino al 30 settembre 2012, adottando in data 7 settembre 2012 un provvedimento volto all'affidamento temporaneo del servizio per il periodo 1° ottobre 2012 – 31 gennaio 2013, impugnato e sospeso dal T.A.R. Veneto con ordinanza n. 587 del 26 settembre 2012.

7. All'udienza pubblica del 16 novembre 2012, presenti i legali delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

8.1. L'appello è fondato e va riformata la sentenza impugnata per le considerazioni che seguono.

8.2. La sentenza si incentra sostanzialmente sulla questione se una stazione appaltante abbia o meno l'obbligo di procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta che presenti un ribasso di oggettiva consistente entità e ciò anche per gli appalti di servizi di cui all'allegato II B, solo parzialmente assoggettati alla disciplina del codice dei contratti pubblici.

Orbene, occorre innanzitutto evidenziare che l'art. 27 del codice dei contratti pubblici, rammentato anche dal T.A.R.,

obbliga comunque al rispetto, anche per l'affidamento dei servizi asseritamente "esclusi", dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Nella fattispecie l'Amministrazione ha recepito acriticamente la nota n. 26922 del 24 aprile 2012 del Dipartimento giuridico e risorse umane, che ha ritenuto di non compiere valutazioni di congruità dell'offerta della Venezia Soccorso data l'ampia convenienza per l'Azienda, aggiungendo, a supporto della citata deliberazione n. 398/2012, la non obbligatorietà del subprocedimento della verifica dell'anomalia dell'offerta in considerazione del numero dei concorrenti.

Ciò stante, emerge palesemente come la determinazione di non procedere alla verifica del rilevante ribasso offerto sia suffragata esclusivamente dalla mera affermazione della convenienza e dalla constatazione del numero dei concorrenti, e cioè da elementi, ad avviso del Collegio, inidonei di per sé a motivare la determinazione stessa ove non supportata per l'appunto da approfondimenti e specifiche valutazioni in ordine agli specifici elementi dell'offerta medesima.

Invero, a prescindere dagli orientamenti della giurisprudenza in tema di sindacabilità dell'esito positivo o negativo della verifica, è indubbio che la verifica dell'anomalia si imponga laddove gli elementi dell'offerta e l'entità del ribasso complessivo non trovino adeguata giustificazione negli atti e presentino profili oggettivi e evidenti o comunque seri dubbi di anomalia, come prevede l'art. 86, comma 3, del codice dei contratti pubblici, in attuazione dei sopra richiamati principi generali di efficacia, imparzialità e parità di trattamento e, comunque, nell'ottica costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa. .

Nella fattispecie concreta l'offerta, proprio per l'entità del ribasso e del numero dei concorrenti, avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione, in relazione alla delicatezza e complessità del servizio, a procedere alla verifica di non anomalia del ribasso ovvero a esplicitare le peculiari ragioni di non procedere alla verifica stessa.

In tale contesto il Collegio ritiene che tale analisi non possa che essere effettuata dalla stazione appaltante, non surrogabile sul punto da altre valutazioni operate in sede giudiziale. Comunque, ad ogni buon conto, occorre evidenziare che il Collegio non condivide neanche le valutazioni effettuate sul punto dal T.A.R..

E' indubbio infatti che, in generale e nella fattispecie, vada garantita, anche nel caso di positiva valutazione di congruità dell'offerta, la possibilità da parte dei soggetti interessati di ricostruire l'iter logico-giuridico seguito dalla stazione appaltante e che l'Amministrazione accerti comunque, pur versandosi in attività amministrativa di carattere tecnico, l'attendibilità o meno dell'offerta nel suo complesso e se, quindi, dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto.

Occorre invero temperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva con quello dell'Amministrazione ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a standards adeguati alle previsioni concorsuali e quindi contrattuali.

Infatti la finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta 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 e con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguenza di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'Amministrazione deve, infatti, aggiudicare l'appalto 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.

Nel caso di specie la determinazione di convenienza e di congruità dell'offerta, alla luce delle circostanze suesposte, non consentiva l'omissione di un minimum di motivazione occorrendo far richiamo almeno agli elementi forniti dal concorrente, sempre che questi fossero completi ed esaustivi, come non risulta peraltro agli atti.

Si soggiunge che anche in questo caso sovengono l'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi e la tutela della par condicio dei concorrenti. Al riguardo è pressoché concorde la giurisprudenza (da ultimo, III n.1465 e 2073/2012) e la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (determinazione n.6 dell'8 luglio 2009).

Ciò stante, ne consegue che nel caso di specie appare evidente la carenza di istruttoria tradottasi in una motivazione incompleta e quindi inidonea.

8.3. In conclusione l'appello deve essere accolto, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione e la necessità di rinnovare gli atti della gara relativi alla (sola) verifica di anomalia dell'offerta della Venezia Soccorso s.r.l., attraverso un supplemento di istruttoria e, all'esito, in ogni caso, una più ampia motivazione da parte dell'Amministrazione per verificare in concreto la serietà e l'effettiva sostenibilità, nell'esecuzione del contratto, dell'offerta economica, il tutto a garanzia dell'interesse pubblico, cui è preordinato il servizio, non meno che della leale concorrenza tra le imprese partecipanti alla gara.

Di conseguenza viene dichiarata l'inefficacia del contratto frattanto stipulato il 28 giugno 2012, salvi i provvedimenti dell'Amministrazione volti a garantire la continuità del servizio per il tempo strettamente necessario per l'effettuazione della suddetta verifica, e quindi per l'adozione dei conseguenti provvedimenti definitivi.

8.4. L'accoglimento dell'appello esime dal valutare, per la valenza pregiudiziale della fondatezza del motivo dianzi esaminato, sia l'eccezionale carenza di motivazione della nota dell'Azienda in data 4 maggio 2012, definita dal T.A.R. atto meramente confermativo, sia i profili dedotti e riproposti, come sottolineato dalla stessa appellante, in via subordinata, avverso la normativa di gara, in ogni caso motivatamente confutati dal T.A.R..

8.5. Tenuto conto della particolarità del caso e dell'andamento complessivo della causa si ritiene di disporre la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto in premessa ed inefficacia del contratto stipulato il 28 giugno 2012.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/12/2012

IL SEGRETARIO

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