



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 8983 del 2011, proposto da:

Fondazione Enpam - Ente nazionale di previdenza e assistenza dei medici e degli odontoiatri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via XXIV Maggio, 43;

contro

Consorzio Del Bo s.c. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, con domicilio eletto presso Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Cazzani s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Zoppolato e Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via del Mascherino, 72;

per la riforma

delle sentenze del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione III *bis*, n. 5767/2011 e n. 30034/2010, rese tra le parti, concernenti affidamento lavori di riordino di impianti elevatori.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio del Bo s.c. a r.l. e di Cazzani s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2013 il consigliere Andrea Pannone e uditi per le parti gli avvocati Brunetti, Ferola e Ciociola per delega dell'avv. Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Del Bo ha impugnato innanzi il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'aggiudicazione definitiva della gara per l'appalto dei "lavori di riordino degli impianti elevatori a servizio del complesso immobiliare sito in Milano, via Cavriana n. 14", nonché degli atti presupposti e consequenziali, indetta dalla Fondazione Enpam con bando 26 maggio 2009.

L'aggiudicazione doveva essere disposta con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'importo a base d'asta di euro 480.033,07. Il disciplinare di gara stabiliva per l'assegnazione dei punteggi un massimo di 40 punti per l'offerta tecnica e di 60 punti per il prezzo; l'impresa Cazzani conseguiva il massimo punteggio per l'offerta economica, avendo offerto un ribasso esorbitante pari al 43,1611%.

Nella seduta del 23 luglio 2009 la commissione di gara, rilevata l'entità del ribasso, procedeva alla verifica di anomalia, comunicando all'impresa di avere "*riscontrato che i giustificativi presentati non erano congruenti con l'offerta economica complessiva*", e le chiedeva "*di volere ampliare l'analisi dei giustificativi a tutte le voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara*".

Il 3 novembre 2009 l'Enpam comunicava l'aggiudicazione definitiva della gara a favore della impresa Cazzani.

Il Consorzio Del Bo proponeva poi motivi aggiunti chiedendo la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto stipulato in data 28 dicembre 2009.

2. La sentenza impugnata ha preliminarmente rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione, formulata dall'Enpam, sotto un duplice profilo.

L'Enpam aveva dedotto che la controversia restava esclusa dalla giurisdizione amministrativa in ragione dell'importo dei lavori (€ 483.033,27), inferiore alla soglia comunitaria.

In contrario il giudice di primo grado ha osservato che anche le controversie concernenti tali appalti - cui corrisponde solo una procedura semplificata secondo il modulo tipizzato dall'art. 122, comma 7-bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, anche per il venir meno degli "*obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale*" (comma 1) previsti dal codice dei contratti - erano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo la *regula iuris* posta con l'art. 244 del detto decreto legislativo.

L'ente aveva anche eccepito che la controversia non poteva essere sottomessa alla giurisdizione amministrativa alla luce dell'art. 1, comma 10-ter, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201 secondo il quale: "*Ai fini della applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e di cui al decreto legislativo 10 febbraio 1996, n.103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture*".

Il giudice di primo grado, in ragione del contrasto della suddetta norma con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 18, ha disposto la sua disapplicazione, così riaffermando la qualificazione dell'Enpam come *organismo di diritto pubblico*, con conseguente obbligo per l'ente di uniformarsi nelle procedure per l'esecuzione di lavori alle disposizioni dettate dal codice dei contratti pubblici.

3. La sentenza impugnata poi ha fatto proprie le conclusioni cui era pervenuto il consulente d'ufficio che aveva "*accertato che non risultavano giustificate le voci di prezzo comprese nella voce 45057 relativa alle linee elettriche n. 12, linee elettriche F.M. n. 13, linea freno n. 14, linea terra n. 15, illuminazione arganomotore n. 16 e set vano n. 17, nonché le voci relative alle lavorazioni generiche per trasporti a scarica controllata n.48 e segnaletica di sicurezza n. 47; il che autorizzava a concludere che l'offerta della Cazzani era sostanzialmente anomala, dovendosi ritenere tale un'offerta che provoca all'impresa una perdita ovvero, a voler concedere, un modesto utile stimabile nell'1%, valori comunque molto distanti dal 14% di utile ipotizzato dall'impresa aggiudicataria della gara*".

Sono stati così annullati gli atti impugnati riconoscendo al Consorzio Del Bo il risarcimento per equivalente attesa la colposità della condotta della stazione appaltante, che aveva rilevato l'incongruenza dei giustificativi presentati

in sede di offerta da parte dell'impresa poi risultata aggiudicataria.

Tale risarcimento è stato fissato in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa alla luce della costante giurisprudenza (es. Cons. Stato, IV, n. 6666/2003).

4. Propone ricorso in appello la fondazione Enpam deducendo i seguenti motivi così epigrafati:

I) Sulla sentenza parziale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 10-ter del d.-l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201 e dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale di cui al r.d.16 marzo 1942, n. 262. Violazione e falsa applicazione dei principi fondamentali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici desumibili dal trattato CE. Difetto di motivazione su punto decisivo della controversia. Violazione e falsa applicazione dei principi nazionali e comunitari in materia di disapplicazione e/o interpretazione comunitariamente conforme di norme nazionali asseritamente configgenti con il diritto comunitario. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 e 122 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

II) Sulla sentenza parziale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 133 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Sotto diverso profilo violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 10-ter del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in l. 22 dicembre 2008, n. 201 e dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale di cui al r.d.16 marzo 1942, n. 262. Violazione e falsa applicazione dei principi fondamentali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici desumibili dal trattato CE. Difetto di motivazione su punto decisivo della controversia.

III) Sulla sentenza definitiva. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 10-ter del d.-l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201 e dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale di cui al r.d.16 marzo 1942, n. 262. Violazione e falsa applicazione dei principi fondamentali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici desumibili dal trattato CE. Difetto di motivazione su punto decisivo della controversia. Violazione e falsa applicazione dei principi nazionali e comunitari in materia di disapplicazione e/o interpretazione comunitariamente conforme di norme nazionali asseritamente configgenti con il diritto comunitario. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 e 122 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

IV) Sulla sentenza definitiva. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 10-ter del d.-l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201 e dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale di cui al r.d.16 marzo 1942, n. 262. Violazione e falsa applicazione dei principi fondamentali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici desumibili dal trattato CE. Difetto di motivazione su punto decisivo della controversia. Violazione e falsa applicazione dei principi nazionali e comunitari in materia di disapplicazione e/o interpretazione comunitariamente conforme di norme nazionali asseritamente configgenti con il diritto comunitario. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 e 122 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e delle norme e principi in materia di risarcimento danni (art. 124 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

5. L'ente ricorrente ha chiesto quindi la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso in prime cure per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, in via subordinata, la rimessione pregiudiziale degli atti alla Corte di giustizia europea affinché questa statuisca sul seguente quesito di diritto: *“Se è conforme al diritto comunitario la scelta dello Stato italiano di consentire agli enti previdenziali privatizzati di cui al d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, anche se in ipotesi qualificabili come organismo di diritto pubblico ai sensi della normativa comunitaria, di affidare appalti pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, senza sottostare agli obblighi di evidenza pubblica per la scelta del contraente di cui alla direttiva 2004/18/CE e/o alle norme sulla verifica ed esclusione delle offerte anormalmente basse e quindi nel solo rispetto dei principi desumibili dal Trattato CE”*.

6. Si sono costituite in giudizio il Consorzio Del Bo s.c. a r.l. e la Cazzani s.p.a., che hanno rispettivamente chiesto il rigetto e l'accoglimento del ricorso.

7. I primi due motivi di ricorso possono essere esaminati congiuntamente perché attengono alla questione di

giurisdizione.

La Società appellante ribadisce la sussistenza del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per la risoluzione della controversia sottoposta al suo esame.

In particolare, con il primo motivo di ricorso l'ente ha dedotto che *“nel caso di specie il giudice nazionale avrebbe dovuto procedere (e non l'ha fatto) ad un'interpretazione adeguatrice della norma nazionale rispetto alla normativa comunitaria e tale interpretazione adeguatrice, ove correttamente svolta, avrebbe dovuto portare il giudice a concludere che l'articolo 1, comma 10 ter, del d.-l. 23 ottobre 2008, n. 162, è da intendere in linea con il diritto comunitario, nel senso che gli enti previdenziali privatizzati aggiudicano esclusivamente gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria nel rispetto dei principi di trasparenza desumibili dal Trattato CE e non sono (in tale ristretto ambito) tenuti ad applicare le disposizioni del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 neanche nella parte in cui (art. 122, comma 7 bis) disciplinano l'affidamento di appalti pubblici di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria (nella specie di valore inferiore ai 500.000 euro) e/o criteri e procedure per la verifica delle offerte anormalmente basse”*.

8. L'eccezione non può trovare accoglimento.

Questo Collegio non può che ribadire quanto già affermato con la sentenza di questa Sezione, 27 luglio 2011, n. 4486: *“L'eccezione non può essere accolta in quanto la definizione di <<organismo di diritto pubblico>>, dettata dal comma 26 dell'art. 3 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ricomprende qualsiasi organismo la cui gestione sia soggetta al controllo, tra gli altri, dello Stato.*

E non v'è dubbio che il controllo pubblico sulla gestione della Fondazione Enasarco sia affidato al Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, con la conseguenza che sussiste anche per la stessa l'obbligo di indire procedure di evidenza pubblica per la scelta dei propri appaltatori”.

La natura di <<organismo di diritto pubblico>> dell'Enasarco, come dell'Enpam (ente che ai fini che interessano non si caratterizza rispetto al primo), rendeva non rilevante la previsione dell'art. 1, comma 10-ter, del d.-l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito dalla l. 22 dicembre 2008, n. 201, proprio perché la norma non ricomprendeva anche le fondazioni che continuavano a essere sottoposte al controllo dello Stato.

La circostanza poi che questo comma sia stato modificato dall'art. 32, comma 12, del d.-l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 11, con l'esplicita previsione che *“la condizione prevista dal periodo precedente deve intendersi non realizzata nel caso di contribuzione obbligatoria prevista per legge a carico degli iscritti delle associazioni o fondazioni”*, ha effetto meramente esplicativo, ma non innovativo, e non porta alla giurisdizione ordinaria le controversie relative alle gare bandite prima della modifica richiamata.

Non può poi trovare adesione la prospettazione dell'ente ricorrente di un'interpretazione adeguatrice della norma ai principi di diritto comunitario in quanto la norma per cui si controverte indicava ai fini della della giurisdizione solo un criterio qualitativo, vale a dire il riferimento a una categoria di enti (le fondazioni), senza operare distinzioni quantitative per gli importi degli appalti.

Infine, non sussistono i presupposti per il rinvio pregiudiziale in quanto, come osservato, la modifica introdotta dall'art. 32, comma 12, del d.-l. n. 98 del 2011 riconduce, dall'inizio, gli enti previdenziali che fruivano di contribuzione obbligatoria nella categoria dei soggetti tenuti applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163.

9. Il terzo motivo attiene all'anomalia dell'offerta.

L'ente sostiene, alla luce delle conclusioni cui era pervenuto il consulente tecnico d'ufficio, che l'offerta della Cazzani s.p.a. era congrua perché garantiva un utile, sia pure modesto, stimabile nella misure dell'1 %.

Il Consorzio Del Bo s.c. a r.l. ha dedotto quanto segue.

“Il c.t.u. ha prospettato tre diversi conteggi:

il primo illustra la posizione dei consulenti tecnici di parte della Cazzani;

il secondo considera corretta la quota parte delle bottoniere di piano e di terra al 50%, come esposto dalla Cazzani; risulta che le giustificazioni comprendono l'88,85% dei costi elementari e che l'utile risultante è dell'1,29%;

il terzo considera corrette le osservazioni del consulente tecnico di parte del Consorzio del Bo sulle bottoniere di piano e di terra, considerate quindi senza la riduzione del 50%; risulta giustificata la quota parte dell'87,15% dei costi elementari e una perdita dello 0,65 %.

Il primo conteggio è una mera rappresentazione della giustificazione della Cazzani ritenute inammissibili dal c.t.u..

Il secondo conteggio è basato sulla possibilità del dimezzamento del costo delle bottoniere; sennonché il c.t.u. ha ritenuto che sia il progetto, sia la soluzione tecnica poi adottata, dimostrano che il costo è maggiore rispetto a quello di una sola bottoniera per ascensore e ciò per la presenza di frecce di direzione di prenotazione in salita e in discesa, pulsanti luminosi di tipo antico vandalo con caratteri in rilievo Braille, display indicante la posizione della cabina per la sola bottoniera al piano terra.

Pertanto nel terzo conteggio (costi giustificati 87,15%; perdita 0,65%) il c.t.u. ha decurtato dalla percentuale di costi giustificati, erroneamente calcolata nel secondo conteggio, il 50% del costo delle bottoniere e ha indicato il totale di voci giustificate nella minore percentuale pari all'87,15 con una perdita pari allo 0,65.

Il terzo conteggio è corretto in quanto nella percentuale di costi giustificati pari a 87,15% esclude sia le pretese compensazioni, sia la riduzione del costo delle bottoniere.

La verifica di anomalia è basata sul terzo conteggio che esclude il dimezzamento del costo delle bottoniere.

Pertanto risulta del tutto ininfluenza, ai fini del giudizio di anomalia l'affermazione che ipotizza tutt'al più modeste utile di circa l'1% certamente di molto inferiore al valore del 14%, in quanto trattasi della possibilità che non tiene conto dell'accertata inammissibilità della pretesa riduzione del costo delle bottoniere.

Il Consorzio Del Bo ha concluso affermando che: “Il primo giudice, fuorviato dalla (superflua) affermazione in merito alla possibilità di un utile, ha travisato il senso delle conclusioni del C.T.U. e, pur avendo condiviso la verifica tecnica operata sull'offerta e sulle giustificazioni della Cazzani s.p.a, ha ommesso di considerare che il terzo conteggio, accerta in definitiva costi giustificati nella percentuale dell'87,15% con una perdita pari a 0,65%, che esclude in radice qualsiasi margine di guadagno”.

Il Collegio stima da condividere, anche in assenza di osservazioni contrarie al riguardo, le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio in ordine alla riduzione del costo delle bottoniere, che determina una perdita dello 0,65 %, che consente di qualificare, anche in termini numerici, come anomala l'offerta presentata dalla Cazzani s.p.a..

10. Con il quarto motivo l'ente deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha disposto la misura risarcitoria in luogo della rinnovazione del procedimento.

Anche tale motivo non può trovare accoglimento.

Accertata l'anomalia dell'offerta, che imponeva l'esclusione dell'offerente dalla gara, e l'avenuta esecuzioni dei lavori da parte della Cazzani s.p.a, illegittima aggiudicataria, la condanna al risarcimento del danno era la sola tipologia di decisione che il giudice adito poteva assumere.

11. Non può trovare accoglimento, per difetto d'interesse, la richiesta del Consorzio Del Bo di “correzione” della sentenza nella parte in cui, richiamando le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, riconosce alla Cazzani s.p.a. un utile di circa l'1%.

Il rigetto dell'appello, infatti, lascia indenne la misura risarcitoria attribuita al Consorzio.

12. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la fondazione Enpam (Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatri) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento in favore del Consorzio Del Bo s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, della somma di € 3.000,00 (euro tremila/00) per le spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere, Estensore

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2013

IL SEGRETARIO

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