

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 1922 del 22 marzo 2019

Offerta anomala – Verifica facoltativa della congruità delle offerte ex art. 97 co. 6 del D.lgs. 50/2016 – Esclusione – Discrezionalità della P.A.

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 7365 del 2018, proposto da:

.....s.a.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con le mandanti s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato in Roma, via

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato in Roma, via0;

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

nei confronti

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

....., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - SEZIONE I n. 00734/2018, resa tra le parti, concernente l'esclusione, per asserita anomalia dell'offerta, del costituendo r.t.i. tras.p.a. (mandataria) e S.p.a. (mandanti) dalla procedura di gara bandita dal per conto della per l'affidamento in appalto dei servizi museali integrati nelle sedi dei Musei Civici di Venezia (sorveglianza, accoglienza e ricezione del pubblico, biglietteria, biblioteche, vigilanza armata);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della, del e di

Visto l'appello incidentale condizionato della

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il r.t.i.s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 5 luglio 2018, n. 734 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso il provvedimento in data 20 dicembre 2017 con cui il r.u.p. del ha disposto l'esclusione per anomalia dell'offerta dalla procedura di gara per *«l'affidamento in appalto dei servizi museali integrati nelle sedi dei Musei Civici di Venezia (sorveglianza, accoglienza e ricezione del pubblico, biglietteria, biblioteche, vigilanza armata)»*, nonché (avverso) l'eventuale aggiudicazione definitiva in favore del r.t.i.

Oggetto della controversia è la gara per l'affidamento, di durata biennale, in appalto dei servizi museali integrati nelle sedi dei musei civici di Venezia, bandita dal

per conto della Quanto al corrispettivo, la *lex specialis* prevede una forma ibrida di determinazione dei compensi: i servizi museali *stricto sensu* intesi sono compensati riconoscendo al gestore una percentuale del 40 per cento, ribassabile in gara, sull'incasso annuo derivante dalla vendita dei titoli di accesso ai musei sino ad euro 22.500.000 ed una percentuale del 5 per cento, fissa ed invariabile, sugli incassi ulteriori al predetto importo; la vigilanza armata è invece compensata sulla base delle ore di servizio effettivamente svolte dall'affidatario e del prezzo orario offerto in gara. Come evidenziato dalla Fondazione anche in sede di chiarimenti, il compenso per i servizi museali, costituito dalla percentuale (ribassabile) del 40 per cento sui proventi dei biglietti, va determinato sulla base dell'«importo imponibile effettivamente incassato», senza dunque che l'aggio sull'imponibile di euro 22.500.000 costituisca un minimo comunque riconosciuto al gestore indipendentemente dagli incassi. Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 50 punti all'offerta tecnica e di un massimo di 50 punti a quella economica.

All'esito delle operazioni di gara il r.t.i. si è collocato al primo posto della graduatoria con 88,034 punti complessivi, mentre secondo graduato è risultato, con punti 79,222, il consorzio

Con nota in data 17 ottobre 2017 il r.u.p. ha invitato a giustificare il prezzo offerto, con riguardo ai costi relativi all'esecuzione del servizio, ed in particolare a quelli del personale; con successiva nota del 15 novembre il r.u.p. ha chiesto ad ulteriori chiarimenti, ed anche un *business plan* di dettaglio della commessa; quindi con nota dell'1 dicembre 2017 il r.u.p. ha contestato, anziché i costi, i ricavi ipotizzati nel *business plan*, in quanto non basati sui dati storici calcolati dalla stazione appaltante in relazione agli incassi registrati nel triennio 2014-2016, concludendo per l'anomalia dell'offerta.

Nonostante le giustificazioni rese, il r.u.p. ha escluso l'offerta della ricorrente, affermandone l'anomalia, in relazione alla sovrastima di alcuni ricavi, ed alla sottostima dei costi, sì da risultare nel suo complesso in perdita (per euro 606.638). Con il ricorso in primo grado ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di esclusione, deducendo vizi procedurali in ordine alla scelta di operare la verifica di anomalia facoltativa senza indicazione degli elementi specifici dimostrativi dell'incongruità dell'offerta, e poi con riguardo alle modalità del procedimento di verifica, caratterizzato da successive richieste di chiarimenti e successivi rilievi su dati sempre nuovi e diversi, nonché l'irragionevolezza del giudizio di anomalia, basato sulla considerazione che nella stima dei ricavi da bigliettazione il concorrente non possa discostarsi in alcun modo dai dati storici degli incassi relativi al triennio 2014/2016.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso nell'assunto che la stazione appaltante ha attivato, a fronte di forti ribassi, seppure al di sotto della soglia, ma comunque tali da consentire il conseguimento del punteggio massimo per la componente economica, il subprocedimento di verifica facoltativa di congruità dell'offerta "sospetta" ai sensi dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 10.4 del disciplinare di gara, instaurando un *iter* caratterizzato da un progressivo approfondimento della documentazione comprovante la composizione delle singole voci di costo dichiarate; in relazione alla quantificazione dei ricavi, la sentenza ha poi ritenuto che l'offerente non poteva discostarsi dai dati storici messi a disposizione dalla *lex specialis*, atteso che, alla stregua di quanto disposto dall'art. 23 del capitolato d'onori, escludente un rischio operativo legato alla gestione dei servizi a carico dell'operatore economico, la procedura di gara deve qualificarsi in termini di "appalto di servizi" e non già di "concessione di servizi", con il conseguente corollario che il R.T.I. ha enucleato, per i ricavi derivanti dalla vendita dei biglietti, incassi improponibili, in quanto sovrastimati.

3.- Con il ricorso in appello il raggruppamento con mandataria l'.....s.p.a. ha dedotto l'erroneità della sentenza che sarebbe incorsa nella violazione dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e nel difetto di motivazione in relazione alle statuizioni di rigetto di entrambi i motivi del ricorso introduttivo.

4. - Si sono costituiti in resistenza il e la controdeducendo ai motivi di gravame e chiedendo la reiezione dell'appello. La Fondazione ha anche proposto appello incidentale condizionato in relazione al passaggio motivazione della sentenza che, erroneamente interpretando il chiarimento n. 5, dalla stessa reso, ha affermato che l'appaltatore avrebbe comunque avuto diritto ad una percentuale del 40 per cento, al netto del ribasso offerto in gara, calcolata sull'importo di euro 22.500.000,00 a prescindere dagli effettivi incassi derivanti dalla vendita dei titoli di accesso, anziché una somma pari al 40 per cento dell'imponibile effettivamente incassato.

5. - Si è altresì costituito in resistenza ilsocietà cooperativa, rassegnando analoghe conclusioni.

6.- All'udienza pubblica del 29 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo il r.t.i. censura la statuizione che ha disatteso il vizio di carattere procedimentale che inficerebbe, sotto più profili, l'impugnato provvedimento di esclusione, per mancanza dei presupposti previsti dall'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 per procedere alla verifica di anomalia della propria offerta, come pure per l'assenza di elementi specifici per la verifica facoltativa, o discrezionale, di cui all'art. 97, comma 6, dello stesso *corpus* normativo. Secondo l'appellante principale sarebbero dunque integrate le condizioni di una verifica "abusiva", come risulterebbe chiaro dalla lettura della nota del r.u.p. in data 17 ottobre 2017, limitantesi a chiedere la giustificazione dei ribassi offerti in gara,

senza alcuna motivazione. La medesima lamenta altresì come la verifica abbia preso le mosse dai costi (in specie della manodopera), per poi spostarsi sui ricavi, nella cui pretesa sovrastima è stata ravvisata l'anomalia, così enucleandosi un contraddittorio dilatato, consentito alla stazione appaltante solamente in caso di incompletezza delle giustificazioni ricevute.

Il motivo, anche a prescindere dai riproposti profili di inammissibilità eccepiti dalle parti resistenti, è infondato.

Si evince anzitutto dalla richiamata nota in data 17 ottobre 2017 un inequivoco riferimento all'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, che enuclea l'ambito della "verifica facoltativa", in forza della quale *«la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa»*.

A questo riguardo, la giurisprudenza è consolidata nell'affermare che l'Amministrazione dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (in termini, da ultimo, Cons. Stato, V, 29 gennaio 2018, n. 604, nonché V, 25 maggio 2017, n. 2460).

La richiesta di giustificazioni non appare peraltro priva di riferimento ad elementi specifici (ribasso del 23,85 per cento sul 40 per cento di aggio sugli incassi da bigliettazione; ribasso del 10,42 per cento sul costo orario forfettario per servizi aggiuntivi sul prezzo orario di euro 17,54; ribasso del 14 per cento sul prezzo orario forfettario di euro 23,77 per i servizi di vigilanza armata; ribasso del 3 per cento sul costo orario forfettario per servizi aggiuntivi sia diurni che notturni sul prezzo orario di euro 19,45), ed in particolare a forti ribassi interessanti sia i servizi museali che i servizi di vigilanza, concernenti in particolare modo il costo del lavoro in un servizio ad alta intensità di manodopera ed in un sistema che non ammette deroghe ai minimi

salariali stabiliti dalla legge. E ciò è quanto richiede la norma, che non impone una motivazione del ricorso alla verifica facoltativa, peraltro ben difficilmente postulabile in relazione all'ampiezza (o sostanziale indeterminatezza) del suo presupposto (ove si fa mero riferimento ad elementi specifici), a sua volta correlato al semplice sospetto di anomalia dell'offerta, ancora da accertare. Anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici può dunque dirsi che la disciplina sulla verifica facoltativa costituisca una sorta di norma di chiusura, applicabile alle offerte "di confine" (così Cons. Stato, V, 7 dicembre 2017, n. 5771).

Tale circostanza giustifica anche il contraddittorio parcellizzato o prolungato, in quanto fondato su valutazioni di carattere provvisorio e su di un quadro probatorio incompleto, motivo per cui non può ritenersi illegittimo il fatto che le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a procedere alla verifica di anomalia siano esternate nel corso od anche alla fine del relativo sub-procedimento. Del resto, siffatta situazione non ha determinato un reale *vulnus* al contraddittorio, in quanto l'impresa sottoposta alla verifica è comunque in grado di comprendere le ragioni sottese alla scelta dell'Amministrazione sulla base delle iniziali richieste di giustificativi, come pure nel corso di tutto il sub-procedimento, attraverso gli ulteriori chiarimenti richiesti.

2.- Con il secondo motivo viene poi criticata la sentenza nella parte in cui ha escluso, nella prospettiva del giudizio di anomalia, la possibilità che l'offerta potesse addivenire ad un'autonoma previsione dei ricavi, prescindendo dai dati storici (relativi al periodo 2014/2016) messi a disposizione dalla stazione appaltante, nella considerazione che mancherebbe un rischio operativo nella gestione dei servizi (spettando in ogni caso al gestore, per i servizi museali, l'aggio del 40 per cento, ribassabile in gara, su un importo di euro 22.500.000), mentre, al contrario, si evince anche dal chiarimento n. 5 reso dalla stessa stazione appaltante che l'aggio spettante non è fisso, ma parametrato all'importo imponibile effettivamente incassato.

Assume consequenzialmente l'appellante principale che, essendo il corrispettivo composto da voci incerte e variabili, legate ad aleatori elementi futuri, ciascun concorrente possa/debba stimare la consistenza di tali elementi al fine di prefigurarsi l'entità dei ricavi attesi, a prescindere dalle condizioni di erogazione dei servizi rigidamente normate dal capitolato; così ha fatto tenendo conto del *trend* di crescita che caratterizza il settore museale sia a livello nazionale che locale, oltre che della propria esperienza e professionalità. Lamenta ancora quest'ultima che la sentenza di prime cure non ha ravvisato l'errore di calcolo, contenuto nel proprio *business plan*, relativo ai costi del personale, calcolati sull'erroneo monte ore di 443.704 ore di servizio, anziché su quello corretto di 433.704 ore, con una sovrastima dei costi di circa euro 155.500 per anno.

Anche tale motivo è infondato, potendosi quindi prescindere dalla disamina delle riproposte eccezioni di inammissibilità da parte della

Sussiste un'obiettiva difficoltà nella disamina ed esatta enucleazione della censura, in quanto la gara controversa concerne una "procedura aperta per appalto di servizio", laddove, in genere, l'affidamento dei servizi museali integrati è inquadrabile nel regime della concessione (Cons. Stato, Ad. plen., 6 agosto 2013, n. 19), caratterizzata, come noto, dall'attribuzione del rischio di impresa (od operativo) al concessionario, il quale ha come corrispettivo il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto (art. 3, lett. vv, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Nella fattispecie in esame peraltro i servizi museali integrati sono affidati in appalto, come si evince dal bando di gara, come è chiarito dal punto 1.5 del disciplinare di gara, anche in forza del rinvio all'art. 23 del capitolato d'oneri, alla stregua del quale *«a compenso degli oneri assunti, relativamente ai servizi museali di cui agli articoli 7, 8 e 9, all'Appaltatore spetta una percentuale pari al 40%, al netto del ribasso offerto in gara, sull'incasso imponibile annuo pari a euro 22.500.000, derivante dalla vendita dei titoli di accesso ai musei.*

Sull'importo eccedente l'imponibile di cui sopra, all'Appaltatore spetta una percentuale fissa ed invariabile pari al 5%».

Si tratta di una modalità di determinazione del corrispettivo che si pone al di fuori del paradigma della concessione e si connette al modello dell'appalto (di servizi), il quale non prevede la traslazione della gestione del servizio e, correlativamente, del rischio operativo, che rimane invece in capo all'Amministrazione committente, la quale è tenuta a corrispondere il corrispettivo della prestazione contrattuale ricevuta a fronte di modalità di articolazione dei servizi predeterminata nel capitolato, al punto da rendere difficilmente ipotizzabile la stessa implementazione dei ricavi.

In tale contesto, non è concettualmente ostativa la circostanza che il corrispettivo non sia rigidamente predeterminato, ma effettivamente parametrato sull'incasso imponibile annuo, ciò apparendo compatibile con il sinallagma contrattuale, anche in considerazione delle articolate modalità di determinazione dell'imponibile previste dall'art. 23 del capitolato.

Ne consegue che, al cospetto di un appalto, in cui il rischio operativo rimane in capo alla stazione appaltante, è coerente che l'offerta sia parametrata sui costi storici, poiché i ricavi non possono essere autonomamente determinati in base a dati probabilistici, incidenti inevitabilmente sull'attendibilità dell'offerta presentata in gara.

Va aggiunto ancora che il lamentato errore di calcolo sul monte ore, pur determinando una sovrastima del costo del lavoro, quand'anche rettificato, secondo la stessa prospettazione dell'appellante, non sarebbe in grado di privare l'offerta del carattere complessivo dell'anomalia, in quanto pur sempre in perdita.

3. - Discende da quanto esposto che l'appello principale deve essere respinto in ragione dell'infondatezza dei motivi dedotti.

4.- La reiezione dell'appello principale comporta, a prescindere da ogni ulteriore valutazione della sua originaria ammissibilità, l'improcedibilità dell'appello

incidentale proposto dalla e condizionato all'eventuale accoglimento del secondo motivo.

5.- La complessità della questione giuridica esaminata integra i motivi prescritti dalla legge per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale condizionato.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2018

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO