

La 'dequotazione' del ruolo dell'utile nell'esame delle offerte anomale

di Caterina Del Regno

Data di pubblicazione: 5-8-2013

Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, ordinanza cautelare 25 luglio 2013, n. 232

Presidente Antonelli; Estensore Passoni

In sede di valutazione di anomalia, il profilo dell'entità dell'utile d'impresa non è elemento che attiene ex se all'anomalia dell'offerta, in quanto rileva, altresì, l'interesse dell'impresa ad eseguire comunque – anche con utile esiguo - un appalto al fine di acquisire esperienza professionale e fatturato da utilizzare in vista della partecipazione a futuri appalti.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 499 del 2013, proposto da:

C.G.E. Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Nico Moravia, Marco Giustiniani, Fausto Corti, con domicilio eletto presso Fausto Avv. Corti in L'Aquila, via Garibaldi, 62;

contro

Asl 106 - Teramo, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Galli, con domicilio eletto presso Rita Avv. Bucchiarone in L'Aquila, viale della Croce Rossa,50/B;

nei confronti di

Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. Per Azioni; Gsa-Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Valeria Zambardi, Andrea Pavanini, Rosanna Perilli, con domicilio eletto presso Rosanna Avv. Perilli in L'Aquila, via dell'Industria N.8 - Bazzano;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento dell'asl di teramo di aggiudicazione definitiva per l'affidamento dei servizi di sicurezza

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl 106 - Teramo e di Gsa-Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. P.A.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2013 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato che la durata estremamente ridotta dell'appalto sembra giustificare l'interesse ad un guadagno ridotto che scaturisce dall'offerta aggiudicataria, in cambio di un "sondaggio" del servizio anche in termini di ulteriore esperienza e di predisposizione organizzatoria per futuri appalti simili sul territorio abruzzese;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) respinge la suindicata istanza cautelare;

compensa le spese;

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Elvio Antonelli, Presidente FF

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

Alberto Tramaglino, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con l'ordinanza in esame il Tar Abruzzo affronta la questione, oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale, relativa alla rilevanza del margine di utile d'impresa dichiarato in una gara d'appalto ai fini della valutazione di anomalia dell'offerta.

Il Tar adito ha ritenuto che la presenza di un esiguo margine di guadagno per l'impresa possa essere giustificata, in sede di verifica di anomalia dell'offerta, dall'interesse della stessa ad eseguire comunque l'appalto al fine di acquisire esperienza professionale in proiezione di significative prospettive di espansione dell'azienda nel settore.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La decisione (interinale) che si segnala consente di formulare alcune considerazioni in ordine al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con particolare riferimento al rilievo che nell'ambito della verifica assume **l'utile d'impresa** che l'operatore dichiara di conseguire per effetto dell'aggiudicazione dell'appalto. Rileva, in questa sede, stabilire se il margine di utile dichiarato, ove esiguo, sia elemento di per sé decisivo per ritenere incongrua ed inaffidabile l'offerta economica.

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento di una serie di servizi afferenti la sicurezza nell'ambito di una azienda sanitaria abruzzese, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, veniva individuata quale migliore offerta quella di un operatore che si era impegnato a fornire i servizi a condizioni estremamente vantaggiose.

Da quel che emerge dai dati fattuali ricavabili dalla decisione, nell'ambito della valutazione dell'anomalia e della sostenibilità dell'offerta ex art. 87 del Codice appalti, emergeva che il prezzo offerto si basava su un **utile assolutamente esiguo**. La stazione appaltante, tuttavia, procedeva regolarmente con l'aggiudicazione definitiva.

Avverso tale provvedimento proponeva ricorso e contestuale istanza cautelare un diverso concorrente della medesima procedura, lamentando l'omessa esclusione dell'aggiudicatario per anomalia dell'offerta derivante dalla 'scarsità' dell'utile di impresa.

Il Tar, ad un primo e sommario esame proprio della fase cautelare, ha respinto l'istanza di sospensione avanzata, rilevando che **l'interesse ad un margine di guadagno esiguo può essere contemperato, come nel caso di specie, dall'interesse di acquisire altri e differenti vantaggi dall'esecuzione dell'appalto, quali l'arricchimento dell'esperienza professionale ed una maggiore predisposizione organizzatoria per futuri appalti simili.**

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con tale pronuncia il Tar Abruzzo ha deciso di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale che è fermo nel ritenere che un'offerta non può considerarsi di per sé anomala perché l'utile indicato nelle giustificazioni appare manifestamente incongruo, atteso che anche in presenza di un utile esiguo, l'operatore può ottenere dall'appalto vantaggi di differente natura (Cons. Stato, Sez. VI, n. 215/2009, Cons. giust. Sic., sez. giur., n. 241/2009).

Nello specifico, *“il bando di gara non prevede alcuna percentuale minima di utile di impresa. Pertanto, l'indicazione, nell'offerta, di una misura contenuta, o esigua, dell'utile previsto deve essere valutata nel contesto della complessiva affidabilità dell'offerta presentata.*

La voce “utile di impresa”, quindi, può essere compressa o ridotta, nel quadro delle scelte imprenditoriali del concorrente, con i soli limiti correlati alla anomalia dell’offerta proposta, verificabile nel complesso procedimento di verifica.

Un margine di guadagno irrisorio può costituire serio indice presuntivo di inaffidabilità dell’offerta qualora sia dimostrato che l’offerta corrisponda ad un prezzo inidoneo a remunerare le diverse componenti dell’organizzazione imprenditoriale e non consenta di ipotizzare, nemmeno, in proiezione, significative prospettive di espansione dell’azienda nel settore.

È vero, del resto, che non sarebbero ammesse offerte “in perdita”, ma la previsione di un utile, seppure contenuto in una percentuale bassissima, risulta comunque sufficiente a dimostrare l’esistenza di un adeguato equilibrio economico fra costi e ricavi” (Cons. giust. Sic., sez. giur., n. 241/2009).

Tuttavia, l’ordinanza in commento non può essere del tutto condivisa in quanto, pur senza disconoscere l’orientamento giurisprudenziale sopra esposto, a tenore del quale un utile di impresa esiguo non denota di per sé l’inaffidabilità dell’offerta economica, è altrettanto vero che, secondo altra parte della giurisprudenza, l’utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica.

A sostegno di tale convinzione è richiamato uno degli obiettivi cardine della disciplina sugli appalti pubblici ovvero assicurare che attraverso la procedura ad evidenza pubblica venga individuato il contraente sul quale l’Amministrazione possa riporre un ragionevole affidamento quanto alla regolare esecuzione del contratto.

Orbene, un margine di guadagno irrisorio può costituire serio indice presuntivo di inaffidabilità e prelude a possibili inadempimenti o comunque a prestazioni inferiori rispetto a quelle promesse.

In altri termini l’offerta deve essere seria e proporzionata rispetto ai costi ed agli oneri contrattualmente dovuti e deve, altresì, assicurare all’operatore un utile d’impresa.

Ciò, anche per evitare un ulteriore inconveniente ovvero un’alterazione indebita della concorrenza, diretta ad avvantaggiare gli offerenti più spericolati o quelle imprese fornite di maggiori risorse economiche che possono permettersi pratiche di *dumping*, con offerte in perdita in danno degli operatori che rientrano nelle categorie delle piccole medie imprese.

Da segnalare, infine, che qualora si ammettesse la legittimità dell’offerta “a zero” o sostanzialmente con un margine di utile esiguo, la stazione appaltante dovrebbe in ogni caso verificare se una simile scelta sia ragionevole e, pertanto, accettabile, in considerazione degli altri elementi del quadro economico che non devono risultare a loro volta squilibrati e fuori mercato.

In tal senso, viene affermato che *“in sede di valutazione dell’anomalia dell’offerta la concorrente deve giustificare la riduzione dell’utile d’impresa mediante l’indicazione di*

specifiche e comprovate economie di scala realizzate, dato che grava sull'impresa offerente l'onere di fornire la prova della congruità della propria offerta, e cioè la dimostrazione che, nonostante il ridotto margine di utile, sia in grado di fornire una prestazione adeguata a soddisfare l'interesse pubblico alla regolare esecuzione dell'opera" (Tar Lazio-Roma, sez. III ter, n. 1527/2007).

Pertanto, qualora, nel caso di specie, emergesse, come *prima facie* risulta, che l'impresa ha sottostimato altre componenti di spesa, quali i costi per la sicurezza, si dovrebbe ritenere senz'altro l'offerta come anomala.

Come visto, dunque, rimane ancora incerto il ruolo che l'esiguo margine dell'utile di impresa riveste, se mero indice di inaffidabilità ovvero elemento decisivo per ritenere l'incongruità dell'offerta.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella e L. Tarantino, *Codice Amministrativo commentato con la giurisprudenza*, Ed. Dike, Roma, 2012; F. Caringella e M. Protto, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2012; G. Tanzarella, *Appalti: quando l'utile dichiarato può dirsi incongruo?*, in *Diritto e Pratica Amministrativa*, Il Sole 24 Ore, fasc. n. 3, 2009; R. De Nictolis, *Le offerte anomale nei pubblici appalti*, Ipsoa, 1999.