



REPUBBLICA ITALIANA

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 2485 del 2017, proposto da:
Eco-Service s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valeria Zambardi e Davide Tagliaferri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato di quest'ultimo, in Roma, via Calabria 56;

contro

Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Luigi e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Confalonieri 5;

nei confronti di

Ecogest s.p.a., in persona del presidente del consiglio di amministrazione e rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Barone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Basilio 61;

Zanini Antonio, Sever s.r.l., Molaro Geom. Giordano Utilizzazioni Boschive, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZIONE I, n. 65/2017, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto del servizio di manutenzione ordinaria ricorrente delle opere a verde lungo la rete stradale gestita da Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. annualità 2016-2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. e di Ecogest s.p.a.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione 15 giugno 2017, n. 2466;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Curti, per delega di Zambardi, Andrea Manzi, e Di Pace, per delega di Barone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Eco-Service s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia in epigrafe, che ha respinto il suo ricorso contro gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di manutenzione ordinaria delle opere a verde lungo la rete stradale gestita da Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. per il periodo 2016-2017.

In virtù del ribasso del 48,568% sulla base d'asta, l'offerta dell'odierna appellante era risultata la migliore per il lotto 3, relativo al Centro di manutenzione di Trieste e Gorizia, rispetto alla soglia di anomalia del 51,577%, determinata automaticamente ex art. 86, comma 1, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (seduta di gara del 12 maggio 2016), ma veniva nondimeno esclusa all'esito della verifica disposta dalla stazione appaltante ai sensi del comma 3 della medesima disposizione (esclusione comunicata con messaggio p.e.c. del 12 ottobre 2016, prot. n. 21032).

2. Con il proprio ricorso la Eco-Service contestava la scelta di quest'ultima di procedere a verifica di anomalia e le motivazioni sottostanti al provvedimento finale di esclusione per incongruità dell'offerta.

3. Le medesime censure sono quindi riproposte dall'originaria ricorrente nel presente appello, al quale resiste la Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. e la Ecogest s.p.a., dichiarata aggiudicataria in conseguenza dell'esclusione della prima.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la Eco-Service ripropone la censura diretta a contestare la decisione della stazione appaltante di sottoporre a verifica di anomalia la sua offerta. Nell'evidenziare che per i lotti 1 e 2 della stessa procedura di gara Friuli Venezia Giulia Strade ha limitato le verifiche alle sole offerte recanti un ribasso superiore alla soglia di anomalia automaticamente determinata, l'originaria ricorrente evidenzia che ai sensi dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 la decisione di svolgere la verifica di congruità deve fondarsi su «*elementi specifici*» che possano far dubitare della congruità dell'offerta. A questo specifico riguardo, la Eco-Service contesta che possano ritenersi sufficienti i rilievi svolti dalla seduta della commissione di gara del 14 luglio 2016, come invece ritenuto dal giudice di primo grado, e cioè l'esiguo scarto percentuale tra soglia di anomalia e ribasso offerto e la consistenza in termini assoluti del medesimo ribasso. In primo luogo l'appellante

sottolinea che la seduta di gara in questione è successiva all'avvio del sub-procedimento di verifica e in secondo luogo che la motivazione è intrinsecamente irragionevole, oltre che contraddittoria rispetto alle contrarie determinazioni assunte da Friuli Venezia Giulia Strade per gli altri due lotti di gara. L'appellante sottolinea a quest'ultimo riguardo che nella procedura di gara precedente per lo stesso servizio l'aggiudicazione era stata disposta sulla base di un ribasso del 56,23% e – soggiunge – ciò renderebbe «*manifestamente irragionevole*» la decisione della stazione appaltante.

2. Con il secondo motivo d'appello la Eco-Service ripropone la censura di eccesso di potere per macroscopica erroneità della valutazione finale di anomalia formulata dalla Friuli Venezia Giulia Strade, poiché fondata sull'inverosimile sbilanciamento negativo finale tra costi e ricavi di € 125.333,54, corrispondenti ad oltre il 50% dell'offerta in valori assoluti (quest'ultima pari a € 222.188,00).

Oltre a lamentare la mancanza di un contraddittorio effettivo nell'ambito del sub-procedimento di verifica, come evincibile dall'omessa valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti forniti, la Eco-Service critica la sentenza di primo grado per avere il Tribunale amministrativo posto a fondamento del rigetto della censura un'asserita difformità delle modalità di esecuzione del servizio offerte rispetto a quanto previsto dal capitolato speciale d'appalto con specifico riguardo allo smaltimento dei residui verdi dello sfalcio - ed in particolare per la mancata previsione dell'aspirazione dell'erba sfalciata e il suo successivo trasporto in discariche - che tuttavia non costituisce ragione addotta dall'amministrazione a fondamento del giudizio finale di anomalia. Quindi, a confutazione delle ragioni di rigetto espresse dal Tribunale amministrativo circa l'inattendibilità delle stime formulate della quantità di residui da smaltire e del conseguente costo complessivo inerente a tale attività, la Eco-Service oppone che tali stime si fondano in modo ragionevole sull'impiego del “*mulching*”, di cui sono dotate le proprie macchine, che consente di polverizzare l'erba tagliata, con conseguente abbattimento dei volumi da

smaltire e dei relativi costi. L'appellante evidenzia inoltre che questa tecnica non è vietata dal capitolato speciale d'appalto e (in memoria conclusionale) che la stessa è addirittura consigliata dai criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di gestione del verde pubblico di legge.

3. I motivi d'appello così sintetizzati sono infondati.

4. Il primo si infrange sull'orientamento giurisprudenziale consolidato che afferma 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 (da ultimo: Cons. Stato, V, 25 maggio 2017, n. 2460). L'indirizzo ora richiamato si giustifica sulla base della considerazione che la scelta qui censurata ha carattere prodromico rispetto al giudizio finale sulla congruità dell'offerta, ed inoltre sull'ampiezza (o sostanziale indeterminatezza) del relativo presupposto di legge (art. 86, comma 3, d.lgs. 163 del 2006): «*in base ad elementi specifici*»; a sua volta correlato ad una situazione di mero sospetto di anomalia dell'offerta (che «*appaia anormalmente bassa*»), tutto ancora da accertare a quel momento della procedura di affidamento.

5. Infatti, all'esito della selezione delle offerte la stazione appaltante non è in linea generale in grado di conoscere con precisione tutte le voci di costo di cui l'offerta e tanto meno se queste sono a sua volta coerenti con i valori di mercato. Se quindi in questa fase della gara le determinazioni assunte dalla stazione appaltante si fondano su valutazioni di carattere provvisorio e su un quadro probatorio incompleto, si deve poi evidenziare che nessuna illegittimità è ravvisabile nel fatto che le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a procedere alla verifica di anomalia siano esternate nel corso o anche alla fine del relativo sub-procedimento. L'impresa ad essa sottoposta è comunque in grado di formarsi un convincimento preciso sulle ragioni sottese alla scelta dell'amministrazione sin dall'origine, sulla base delle

richieste di giustificativi, oltre che nel corso di tutto il sub-procedimento di verifica, attraverso tutti gli altri chiarimenti richiesti nell'ambito del contraddittorio che consegue all'apertura della verifica di congruità.

6. Sotto un diverso profilo va inoltre sottolineato che la lesione della sfera giuridica del concorrente sottoposto a verifica si determina in modo compiuto solo all'esito del sub-procedimento, allorché l'iniziale ipotesi viene confermata dall'esame dei giustificativi e di tutti gli elementi forniti dall'impresa nell'ambito del contraddittorio con la stazione appaltante.

7. Applicate le considerazioni finora svolte al caso di specie, l'Eco-Service deve innanzitutto ritenersi priva di interesse a contestare la decisione di Friuli Venezia Giulia Strade di procedere alla verifica di anomalia nei propri confronti, a fronte di una iniziale richiesta della stazione appaltante di fornire giustificativi (nota del r.u.p. in data 17 maggio 2016, prot. n. 9815 e verbale di gara in pari data) su ben precise voci di costo e di un giudizio finale che ha confermato l'iniziale sospetto. L'interesse dell'odierna appellante si concentra invece su tale giudizio.

8. In ragione dell'esito del sub-procedimento è peraltro smentito l'assunto su cui il motivo in esame si incentra, e cioè che nel caso di specie la decisione di procedere alla verifica di congruità sarebbe sfornita degli elementi specifici necessari ai sensi dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006. Casomai potrebbe rivelarsi privo di fondamento, e dunque illegittimo, il giudizio finale di anomalia, ma questa considerazione non fa che confermare quanto finora rilevato, ovvero che la lesione dell'odierna appellante si è concretizzata solo con tale determinazione conclusiva e che su di essa si concentra quindi l'interesse a formulare censure di legittimità in sede giurisdizionale.

9. Ciò precisato è nondimeno infondato anche il secondo motivo, specificamente rivolto al giudizio in questione.

10. Deve innanzitutto respingersi l'assunto della Eco-Service secondo cui il Tribunale amministrativo nel fondare il rigetto del motivo di impugnazione su una pretesa variazione essenziale delle condizioni di esecuzione del servizio di sfalcio avrebbe integrato le ragioni a base del giudizio di incongruità dell'offerta.

In contrario va sottolineato che la stazione appaltante ha ripetutamente contestato nel corso del sub-procedimento di verifica di anomalia che dalle giustificazioni fornite dall'odierna appellante per le voci nn. 317 e 318, relative rispettivamente allo sfalcio delle erbe in banchina e allo sfalcio dell'erba su scarpate, banchettoni e aiuole, l'analisi dei relativi costi «è sostanzialmente variata, avendo valutato in un'unica voce di costo i relativi incumbenti» e che ciò si traduceva in un'«evidente difformità rispetto alle previsioni capitolari» (così nel verbale di gara del 6 luglio 2016).

Si tratta di rilievi iniziali svolti a fronte della previsione formulata dalla Eco-Service nei propri giustificativi di impiegare per lo svolgimento di tali attività macchine operatrici «in "Combinata"», tali da permettere «di eseguire 2 lavorazioni contemporaneamente (sfalcio della banchina e sfalcio della scarpata)», in grado così di ridurre tempi e costi e di giustificare le due corrispondenti voci «sommando il prezzo unitario». Nei medesimi giustificativi l'odierna appellante aveva anche precisato che i macchinari in questione sono dotati di frese in grado di praticare il *mulching*, e quindi di sminuzzare l'erba e di mutarla in una «concimazione naturale», in modo da evitarne «la tendenza a seccarsi».

11. Rispetto a queste giustificazioni gli iniziali rilievi della stazione appaltante venivano ribaditi nel corso della seduta conclusiva del sub-procedimento del 14 luglio 2016. Infatti, all'esito del contraddittorio con la società il r.u.p. confermava che attraverso le descritte modalità di esecuzione delle attività di sfalcio si sarebbe determinata una sostanziale variazione di quelle prefigurate nel capitolato speciale d'appalto ed una sottostima dei reali costi che il servizio avrebbe richiesto.

Nel verbale viene in particolare contestato all'odierna appellante di avere accorpato i costi in questione *«in un'unica attività lavorativa che li ricomprende, esponendo costi di manodopera e risorse che derivano dall'impiego delle stesse in misura ridotta rispetto ai disposti capitolari»*.

A questo specifico riguardo il r.u.p. ricorda – in relazione ai giustificativi presentati dalla Eco-Service, secondo cui le quattro squadre operative richieste avrebbero impiegato ciascuna una macchina operatrice “combinata” - che in base all'art. 6 del capitolato d'appalto le squadre operative avrebbero dovuto essere composte da due trattori con barra falciante o piatto completi di operatori; due decespugliatori ed operatori e due movieri.

12. Nello stesso verbale il r.u.p. si dà carico di confutare le obiezioni svolte a quest'ultimo riguardo dal rappresentante della Eco-Service.

Ivi si legge che secondo quest'ultima le previsioni del capitolato speciale *«sono desuete»* e che le macchine operatrici “in combinata” offerta consentono *«lo sfalcio in un'unica soluzione»*. Tuttavia, il r.u.p. replica sul punto in questione *«che non è possibile prescindere dalle prescrizioni capitolari»*.

13. In ragione di ciò quest'ultimo procedere poi a quantificare lo sbilanciamento negativo relativo alla voce di costo in questione, nella misura di € 125.333,54.

14. Di seguito, nello fornire il dettaglio delle sottostime ingiustificate da cui sarebbero affette le giustificazioni della Eco-Service il r.u.p. si sofferma sui costi di smaltimento del verde in discarica. Questa voce viene ritenuta essere stata indicata in valori pari *«a ben oltre il 50% rispetto alla normalità»* ed inoltre *«in palese contraddizione»* con la documentazione presentata dalla società *«dalla quale si evince l'esposizione del suddetto onere di smaltimento»*. Sul punto vi è un anche richiamo alla tecnica del *mulching*, di cui si afferma la non conformità ai *«disposti capitolari e nella fattispecie alle Norme Tecniche»*.

15. Oltre a confutare la censura di ultrapetizione, le risultanze del sub-procedimento di verifica dell'anomalia finora esaminate consentono anche di escludere che nel caso di specie sia mancato un reale contraddittorio tra l'impresa ad esso sottoposta e la stazione appaltante. In contrario è evidente che la verifica si è concentrata proprie sulle modalità di esecuzione delle attività di sfalcio del verde, la cui difformità offerta dalla Eco-Service è stata ritenuta determinante per il Tribunale amministrativo, e sui costi ad esse inerenti.

16. Del pari, risulta confermato il giudizio reso dal Tribunale amministrativo in ordine alla variazione essenziale delle modalità di prestazione del servizio rispetto alle previsioni del capitolato speciale d'appalto in cui l'odierna appellante è incorsa nel giustificare il proprio ribasso.

17. Deve poi sottolinearsi che alle ragioni a base del giudizio di incongruità formulato da Friuli-Venezia-Giulia Strade e alla statuizione di rigetto del ricorso conseguentemente emessa dal giudice di primo grado la Eco-Service oppone considerazioni di carattere tecnico.

In linea con quanto già esposto nel contraddittorio svoltosi con il verbale del 14 luglio 2016, nel presente giudizio la società sostiene in particolare che la tecnica del *mulching*, in sé non vietata dal capitolato d'appalto, sarebbe addirittura consigliata in base ai criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di gestione del verde pubblico, e tale da rendere inconfigurabile *in apicibus* l'obbligo di asporto della parte sfalciata pur richiesta dalle norme del medesimo capitolato, poiché ciò che residuerebbe dallo sfalcio del verde consisterebbe in polvere che potrebbe essere lasciata *in loco* anziché trasportata in discarica.

18. Tali assunti non possono essere condivisi.

Da un lato è la stessa appellante a riconoscere che il capitolato richiedeva in modo espresso l'asporto della parte sfalciata, dacché l'onere economico dell'obbligo

contrattualmente previsto per l'appaltatore di provvedere al suo successivo smaltimento in discarica.

Dall'altro lato non giova alla società il richiamo ai criteri ambientali minimi per il servizio di gestione del verde pubblico e i risultati ottenibili dall'impiego della tecnica *mulching*. Come infatti controdedotto sul punto dalla controinteressata Ecogest, in memoria di replica, i criteri ambientali minimi relativi alla gestione del verde pubblico non sono applicabili al diverso servizio concernente lo sfalcio delle erbe poste ai lati delle strade. Ciò per la decisiva considerazione che in quest'ultimo *«la capacità di assorbimento del terreno e la vegetazione che vi cresce hanno natura eterogenea»*, per cui si impone la necessità di evitare il rischio che il materiale risultante dallo sminuzzamento dell'erba possa ricadere sul manto stradale e rendere quest'ultimo scivoloso. Una simile evenienza può dunque essere evitata solo con il trasporto in discarica, che il capitolato richiedeva e che, per contro, l'odierna appellante ha preteso di computare in misura economicamente insostenibile nell'ambito dei costi stimati per la propria offerta.

19. Questo rilievo conferma l'inderogabile esigenza di rispettare l'obbligo derivante dal capitolato d'appalto di conferire il materiale in discarica e, dunque, la legittimità dell'esclusione della Eco-Service dalla procedura di gara in contestazione per le ragioni finora esposte.

20. L'appello deve quindi essere respinto.

Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Eco-Service s.r.l. a rifondere alle parti appellate Friuli Venezia Giulia Strade s.p.a. e di Ecogest s.p.a. le spese di causa, liquidate per ciascuna parte in € 5.000,00, oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con
l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO