



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 230 DEL 16 Dicembre 2015

PREC 221/15/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da Floor System soc. coop. a r.l./ 4° Reggimento Artiglieria Contraerei Peschiera (MT). Procedura in economia per l'affidamento del servizio di pulizia e rassetto locali presso le infrastrutture della mensa della Caserma San Martino in Mantova per il periodo 1 giugno-31 dicembre 2015. Importo a base di gara: euro 105.000,00 Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso.

Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse. – Prezzo più basso – Offerte ammesse inferiori a cinque. Discrezionalità – Costo del lavoro, spese generali e utile di gestione.- Congruità.- Società Cooperativa di servizi. - Disciplina applicabile.

E' da ritenersi illegittima l'aggiudicazione in favore di una società concorrente la cui proposta contrattuale presenti un utile pari a zero, effettuata senza valutare la congruità dell'offerta economica in relazione ai costi per il personale e per la sicurezza aziendale, all'incidenza delle spese generali e dell'utile di gestione. Il principio è applicabile anche al caso di società cooperativa che pur connotandosi per lo scopo mutualistico non esclude il fine di lucro ed è regolata dalla disciplina delle società di capitali.

Art. 82 comma 3 bis; art. 86 comma 4 D.lgs. 163/2006;

Artt. 2512 e segg. Cod.Civ.

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, prot. n. 96038 del 28 luglio 2015, con la quale la Floor System soc. coop.a r.l. contestava l'aggiudicazione in favore della Ecologia Ambientale soc. coop a r.l. e l'ammissione alla procedura di gara della seconda classificata (Puliart s.r.l.) per aver entrambe presentato un'offerta priva di alcun margine di utile e per non aver indicato nessun importo relativo alle spese generali. Lamentava l'istante che l'incongruità dell'offerta non era stata rilevata dalla stazione appaltante attraverso la verifica dell'anomalia. Inoltre sosteneva che le argomentazioni di diverso avviso con riferimento alla natura giuridica delle società cooperative sostenute dalla stazione appaltante per avvalorare la correttezza del proprio operato non siano applicabili, giacché le società cooperative sono sottoposte alla disciplina delle società di capitali e non possono assimilarsi alle onlus e alle cooperative sociali che non svolgono attività lucrative;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 28 ottobre 2015;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie prodotte dalle parti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che le questioni giuridiche controverse prospettate dagli istanti possono essere decise ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006*;

RILEVATO che la stazione appaltante ha ritenuto nel caso di specie di non dover applicare il procedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 86 comma 4 che prevede la discrezionalità della scelta nel caso di selezione tra un numero di partecipanti inferiore a cinque e nel bando non ha previsto l'indicazione di un utile di impresa;

CONSIDERATO che *“qualora il numero delle offerte ammesse alla gara sia inferiore a cinque, in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 86, comma 4 del codice dei contratti, si deve ritenere non trovi applicazione il criterio d'individuazione delle offerte anomale previste dal comma 1 dell'art. 86, ma la più flessibile disciplina di cui al comma 3 del medesimo articolo”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, sentenza n. 153/2010, cit. e Cons. Stato, sez. V, sentenza 7 settembre 2009, n. 5236) che prevede la facoltà riservata all'Amministrazione di ipotizzare autonomamente, in base ad elementi specifici, casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti (vd. Cons. Stato sez. V 20 agosto 2013 n. 4193; Cons. di Stato sez. IV, 27 luglio 2011 n.4489);

CONSIDERATO inoltre che la stazione appaltante ha il dovere di valutare la congruità dell'offerta economica in relazione ai costi per il personale e per la sicurezza aziendale ed in relazione all'incidenza delle spese generali e dell'utile di gestione (vd. Parere di prec. Anac n.139 del 20 giugno 2014);

CONSIDERATO inoltre che *“nelle gare d'appalto sono da ritenersi inattendibili le offerte prive di un margine di utile; il principio del c.d. “utile necessario” trova fondamento, in assenza di normativa espressa, nel carattere innaturale e quindi, intrinsecamente inaffidabile di un'offerta in pareggio che contraddica lo scopo di lucro e in definitiva, la ratio essendi delle imprese e, più in generale dei soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica”* (Cons. di Stato, sez. V, 16 gennaio 2015 n.84);

RITENUTO che lo scopo mutualistico nelle società cooperative, anche laddove sia "prevalente" rispetto alla attività svolta con i terzi o all'utilizzo delle prestazioni dei soci, non esclude lo scopo di lucro. Non è quindi applicabile in via analogica la disciplina che regola le onlus e le cooperative sociali. Le società cooperative sono soggette alla disciplina delle s.r.l. e delle s.p.a., a seconda della tipologia cui appartengono, e disciplinate dalle relative norme in materia di società di capitali, per quanto non previsto dagli artt. 2512 e seg. c.c. e da leggi speciali vigenti per particolari tipi di cooperative;

CONSIDERATO che secondo la giurisprudenza prevalente, soltanto una proposta con utile pari a zero risulta in sé ingiustificabile (vd. Cons. di Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206); peraltro perfino la proposta proveniente da una onlus, per definizione priva di scopo di lucro, di un'offerta con un margine lordo di utile pari a zero è stata ritenuta *“inaffidabile e inattendibile”* (vd. TAR Puglia Bari sez. I n.781/2013);

RILEVATO che, nel caso di specie, sia nell'offerta presentata dalla società aggiudicataria che in quella della seconda classificata l'utile risulta effettivamente pari a zero, essendo computati i soli costi per il personale, le attrezzature e i macchinari, oltre oneri della sicurezza e nessuna voce per spese generali;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO pertanto che l'offerta priva di utile avrebbe dovuto indurre l'ente aggiudicatore a formulare nei confronti delle concorrenti una richiesta di giustificazioni che invece non è stata inoltrata;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 dicembre 2015

Per il Segretario, Valentina Angelucci