

Pubblicato il 26/07/2017

N. 00274/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00087/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 87 del 2017, proposto da:
Baby & Job S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli Avvocati Pietro Cavasola, Marco
Iannacci, Marco Tullio Cataldo e Simone Uliana, con domicilio eletto
presso quest'ultimo, in Parma, viale Mentana n. 92;

contro

Comune di Reggio Emilia, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocato Santo Gnoni, con domicilio
eletto presso l'Avv. Matteo Sollini, in Parma, borgo Antini n. 3;

nei confronti di

Panta Rei Società Cooperativa Sociale, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati
Giuseppe Franco Ferrari e Leopoldo Melli, domiciliata *ex art. 25*
c.p.a. presso la Segreteria del Tar, in Parma, piazzale Santaflora n. 7;

per l'annullamento

- a. del provvedimento dirigenziale R.U.A.D. 325 del 3 marzo 2017 del Comune di Reggio Emilia – Direzione generale appalti contratti e semplificazione amministrativa, avente ad oggetto l'esclusione della odierna ricorrente prima classificata a seguito della verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016;
- b. della comunicazione di esclusione del 3 marzo 2017 via pec;
- c. del successivo provvedimento, allo stato non cognito alla ricorrente, con cui è stata disposta l'aggiudicazione alla seconda classificata PANTA REI della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto del servizio di gestione del nido d'infanzia “G. Maramotti” per il periodo 01/09/2016 – 30/06/2019;
- d. di tutti i verbali delle sedute di gara della Commissione Aggiudicatrice con particolare riferimento a quelli in cui si è proceduto alla verifica di congruità dell'offerta della BABY & JOB; della Relazione del RUP e del Presidente della Commissione aggiudicatrice del 27 febbraio 2017;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Panta Rei Società Cooperativa Sociale e del Comune di Reggio Emilia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2017 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando spedito in GUCE il 21 giugno 2016 SCUOLE E NIDI D'INFANZIA – Istituzione del Comune di Reggio Emilia (di seguito Amministrazione) indicava una procedura aperta per l'affidamento della gestione del nido d'infanzia G. Maramotti per il periodo 1 settembre 2016 – 30 giugno 2019, con facoltà di rinnovo per il successivo triennio, per un importo a base d'asta di € 854.100,00 + IVA (se dovuta) da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (qualità/prezzo: 70/30).

All'esito della seduta del 5 agosto 2016, che concludeva il procedimento di selezione delle 3 offerte pervenute, la Commissione di gara stilava la graduatoria provvisoria che vedeva l'odierna ricorrente classificarsi al primo posto con punti 73,68/100 (43,68 per l'offerta tecnica e 30/30 per quella economica) e l'odierna controinteressata al secondo con punti 72,86/100 (70,00/70 per l'offerta tecnica e 2,86/30 per quella economica).

La terza concorrente in gara veniva esclusa per non aver conseguito il punteggio tecnico minimo previsto.

In ragione dei punteggi riportati dalla provvisoria aggiudicataria relativamente all'offerta economica, la Stazione appaltante disponeva di procedere alla valutazione di congruità dell'offerta della ricorrente *ex art. 97, comma 6, del D. Lgs. n. 50/2016* (di seguito Codice) richiedendo:

- in data 16 agosto 2016, *“la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni e giustificazioni del ribasso e dei prezzi formulati?”* (richiesta riscontrata il 6 settembre 2016);

- in data 29 settembre 2016, chiarimenti relativi ai costi delle utenze e del personale e circa l'assorbimento dei lavoratori già impiegati (dati forniti con nota del 25 ottobre 2016);
- in data 16 dicembre 2016, ulteriori chiarimenti in ordine al costo del personale (comunicati con nota del 9 gennaio 2017).

Al termine della disposta verifica di congruità, l'Amministrazione (che nelle more disponeva in due soluzioni la proroga tecnica della gestione in atto) con l'impugnato provvedimento dirigenziale n. RUAD 35 del 3 marzo 2017 approvava la relazione del RUP che riteneva anomala l'offerta della ricorrente, disponendone l'esclusione ed aggiudicando contestualmente la gara alla seconda classificata, gestore uscente (in particolare il RUP rilevava una sovrastima del fatturato indicato per erronea stima dell'incidenza storica delle assenze del personale ed una sottostima del costo delle utenze, dell'importo previsto a titolo di spese generali e dei costi del lavoro).

La ricorrente impugnava il descritto esito concorsuale deducendo la frammentarietà dell'indagine condotta dal RUP che si limitava a vagliare singole voci di costo senza considerare la complessiva sostenibilità dell'offerta.

L'Amministrazione e la controinteressata si costituivano in giudizio confutando le avverse censure e chiedendo la reiezione del ricorso.

La controinteressata eccepiva, altresì, l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione dei richiamati provvedimenti di proroga tecnica del servizio sino al 31 dicembre 2016 e 30 giugno 2017 che determinerebbe il venir meno di ogni interesse alla presente decisione.

Nella camera di consiglio del 17 maggio 2017 la ricorrente rinunciava all'istanza cautelare chiedendo la fissazione a breve della discussione di merito.

Le parti rassegnavano le loro conclusioni con memorie depositate il 26 giugno 2016 e la ricorrente e la controinteressata replicavano con memorie depositate il 30 giugno successivo.

All'esito della pubblica udienza del 12 luglio 2017 la causa veniva decisa.

Con il provvedimento impugnato l'Amministrazione, all'esito del procedimento di verifica di congruità dell'offerta prima classificata, escludeva la ricorrente dalla procedura di gara oggetto del presente giudizio ritenendo che l'offerta da quest'ultima presentata fosse anomala: determinazione che la ricorrente censura facendo leva principalmente sulla considerazione che i profili in relazione ai quali l'Amministrazione avrebbe riscontrato incongruità nei costi esposti non determinerebbero di per sé l'insostenibilità nel suo complesso dell'importo offerto.

Nell'ambito di detta verifica il RUP rilevava, come in parte anticipato, criticità relativamente alla quantificazione dei ricavi previsti, alle spese generali dichiarate, ai costi esposti per le utenze e (profilo di particolare interesse nel presente giudizio) ai costi del lavoro oggetto, si afferma, di più aggiustamenti nel corso della verifica che, nel loro complesso, avrebbero determinato una perdita di gestione.

Quanto ai ricavi il RUP rilevava che la ricorrente, in sede di chiarimenti forniti il 6 settembre 2016, indicava un fatturato annuale previsto pari a € 536.387,00 (ottenuto moltiplicando la retta mensile per 10 mesi e per 78 bambini).

Premessa l'erroneità del dato esposto (afferitava che l'esatto importo ottenuto moltiplicando i suesposti fattori determinerebbe un importo di € 529.370,40) il RUP rilevava che la ricorrente aveva stimato i ricavi senza considerare le riduzioni di retta previste in caso di assenze prolungate per malattia dei frequentatori e in caso di iscrizione di più bambini appartenenti alla medesima famiglia: ipotesi al verificarsi delle quali era prevista una significativa riduzione della retta.

Quanto ai costi, la ricorrente avrebbe stimato quelli da sostenersi per le utenze in € 10.000,00: importo ritenuto incongruo atteso che l'Istituzione nelle strutture di analoga superficie dalla medesima gestite direttamente sosterebbe per la sola energia elettrica e il riscaldamento spese di circa € 13.700,00 mentre per asili strutturalmente simili a quello oggetto di gara i costi lieviterebbero a circa € 18.000,00.

Incongrua veniva ritenuta anche la quantificazione delle spese generali dichiarate in € 11.780,00 che, a fronte di un costo complessivo del servizio inizialmente indicato in € 506.501,13, determinava una incidenza percentuale del 2,32%.

Dato percentuale che, a seguito della rideterminazione del costo del servizio quantificata in sede di terzi chiarimenti in € 530.675,89, scendeva al 2,21%.

Né il dato percentuale si assestava su livelli attendibili anche considerando l'importo precauzionalmente previsto a titolo di "*varie ed eventuali*" in € 4.000,00 (che ne aumentava l'incidenza percentuale al 2,9%).

Tale incidenza veniva ritenuta incongrua non solo rispetto alle medie rilevate fra le imprese di settore, che secondo l'Amministrazione si

attesterebbero fra il 10 e il 18%, ma anche in relazione ai costi cui la ricorrente intendeva far fronte con tale importo dalla stessa indicati (fideiussioni, coperture assicurative, spese di registrazione contratto, attività di segreteria amministrative e gestionali, consulenze legali fiscali e tributarie, costi di sede imposte e tasse).

I più significativi profili di incongruità venivano comunque rilevati con riferimento ai costi del personale.

Relativamente al costo del lavoro il RUP rilevava *in primis* che la ricorrente inizialmente dichiarava costi per € 386.971,00 prevedendo un utile di € 29.885,37, rettificando successivamente il dato in sede di verifica in € 411.145,89 con un utile conseguentemente ridotto a soli € 5.710,61.

Con riferimento a tale voce di costo il RUP rilevava che la ricorrente non aveva considerato il numero di ore non lavorate per infortuni, malattie e gravidanza prendendole in considerazione solo in sede di terzi chiarimenti, pervenendo alla definizione di un monte ore (considerando anche le festività soppresse) di 1547 ore per il III livello (educatori) e 1646 ore per i profili ausiliari, tuttavia, senza considerare (oltre alla voce festività soppresse) le festività infrasettimanali che definirebbero un significativo ridimensionamento del monte ore annuo (dato variabile, indicato esemplificativamente per il 2016 in 8 giornate che avrebbe determinato un ulteriore contrazione delle ore lavorate – nell'esempio, stimava 1499 ore per gli educatori e 1598 ore per gli ausiliari).

Considerando quindi i costi orari relativi ai profili professionali (così come indicati dalla ricorrente) e suddividendo il costo annuo per le ore mediamente lavorate considerando le festività infrasettimanali e

rapportando il costo complessivo a 10 mesi di attività lavorativa, il RUP perveniva ad una stima del costo del lavoro superiore di € 12.977,01 superiore rispetto a quella esposta dalla ricorrente: scostamento in grado di azzerare l'utile così come rideterminato (€ 5.710,61) anche considerando in favore della ricorrente la circostanza che nei chiarimenti del 9 gennaio 2017 esponeva un importo di € 2.740,00 a titolo di spese *extra* relative alla gestione di personale per assenze superiori a quelle stimate e di € 4.000,00 a titolo di varie ed eventuali o per maggiori costi.

In sede di verifica veniva ulteriormente rilevato che la ricorrente aveva quantificato i costi del lavoro considerando unicamente i 10 mesi di attività previsti senza considerare alcun impiego, e quindi costo, per l'espletamento delle attività propedeutiche all'apertura della struttura agli utenti da svolgersi nel mese di agosto che, secondo l'Amministrazione porterebbe l'impegno annuo complessivo del personale da 43 settimane a 44, se non 45.

Esposti nei suesposti termini i profili di incongruità contestati dall'Amministrazione alla ricorrente il Collegio procede allo scrutinio delle doglianze di parte ricorrente formulate in ricorso e all'esame delle eccezioni delle resistenti.

Preliminarmente deve respingersi l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata poiché l'intervenuta adozione di provvedimenti di proroga tecnica del servizio, dapprima sino al 31 dicembre 2016 e successivamente sino al 30 giugno 2016, non elide l'interesse della ricorrente al conseguimento dell'affidamento triennale decorrente dalla nuova data fissata di inizio del servizio (1 settembre 2017).

Sempre in via preliminare deve ritenersi la legittimità della decisione di procedere alla verifica di congruità ai sensi dell'art. 97, comma 6, del Codice che consente alla Stazione appaltante di procedere in ogni caso a *“valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

Legittime devono ritenersi anche le modalità di svolgimento della verifica in commento condotta dall'Amministrazione indagando specifici profili in più fasi caratterizzate da diversi livelli di approfondimento.

Sul punto la giurisprudenza, con posizione ormai pacifica, ha precisato (con riferimento all'art. 86, comma 3, del D. Lgs. n. 163/2006 i cui contenuti sostanziali sono stati replicati dell'art. 97, comma 6, del nuovo Codice) che *“il riferimento, nella stessa [norma] contenuto, ad "elementi specifici" sintomatici di anomalia, non può comportare la precisa indicazione, già in sede di richiesta di giustificazioni, delle cause che eventualmente condurranno al giudizio di anomalia, ma deve essere inteso nel senso che, anche in assenza di parametri aritmetici in ragione dei quali l'offerta è da considerare anomala ex lege, la stazione appaltante, ove comunque ritenga l'offerta nel suo complesso scarsamente remunerativa, ha il potere di avviare il procedimento di verifica con una richiesta prima ad ampio spettro e poi, via via che l'iter si svolge, sempre più mirata all'evidenziazione delle cause in ragione delle quali l'offerta potrebbe essere ritenuta effettivamente anomala”* (Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2017, n. 1676).

Nel caso di specie l'offerta da parte della ricorrente di un ribasso pari al 10,50% a fronte di un ribasso dell'aggiudicataria dell'1% nell'ambito in una procedura che vedeva un apprezzabile squilibrio sotto il profilo qualitativo delle offerte delle due concorrenti recuperato unicamente in forza di una offerta economica

particolarmente vantaggiosa, rende la scelta dell'Amministrazione di procedere alla verifica di anomalia priva di evidenti vizi di congruità e ragionevolezza.

L'assunto trova conferma nella giurisprudenza della Sezione che ha già avuto modo di affermare come *“in presenza di un ribasso pari a oltre 4 volte la media degli altri ribassi, deve ritenersi pienamente giustificato il censurato avvio del sub procedimento di verifica di congruità”* (TAR Emilia Romagna, Parma, 30 gennaio 2015, n. 29)

Quanto al merito delle censure di parte ricorrente, con il primo mezzo d'impugnazione la ricorrente lamenta, come anticipato, che l'Amministrazione avrebbe formulato il giudizio di anomalia basandosi su alcune voci di costo, peraltro, erroneamente quantificate, senza considerare la complessiva sostenibilità dell'offerta.

In primis contesta l'affermazione per la quale il ribasso offerto sarebbe eccessivo.

Esponde la ricorrente che l'art. 4 punto V del Capitolato Speciale (CS) precisava che l'Amministrazione avrebbe versato al gestore un corrispettivo mensile di € 365,00 per ogni bambino iscritto e frequentante la sezione del nido da adeguarsi sulla base dello sconto proposto in gara, ponendo a carico delle famiglie la residua parte della retta pari a € 365.

Ne deriverebbe che il ribasso offerto pari al 10,5% formulato sulla sola quota gravante sul Comune corrisponderebbe, se rapportato alla retta complessiva prevista per ogni singolo bambino pari a € 726,00, corrisponderebbe sull'importo dell'appalto al solo 5,6%.

La ricorrente rileva ulteriormente che l'importo della retta così ribassata, pari a € 6.876,80 annui, sarebbe *“ben al di sopra”* delle medie

di settore in ambito nazionale (€ 6.014,00), provinciale (€ 6.138,26) e comunale (€ 5.319,00) [allega Report ISTAT del 4 novembre 2016] e che la differenza della propria offerta economica rispetto a quella della controinteressata sarebbe di soli € 34,67 mensili per ogni bambino.

La doglianza è infondata.

Preliminarmente deve evidenziarsi l'irrilevanza ai fini in esame del confronto operato dalla ricorrente fra i costi della retta in questione e i dati medi comunali, provinciali e nazionali esposti.

Gli importi in commento, infatti, in quanto frutto di una media da presumersi ricavata da una pluralità indistinta di strutture, sono inidonei a fungere da parametro di congruità dell'importo fissato dall'Amministrazione poiché trattasi di dato che si definisce in funzione della specifica tipologia e qualità del servizio fornito e che potrebbe essere comparato unicamente con i costi di strutture di pari livello qualitativo. E ciò non è comprovato.

In ogni caso si rileva che il Disciplinare di gara (pag. 7) prevedeva che l'offerta economica venisse formulata prevedendo *“un ribasso percentuale sull'importo a base di gara che ammonta a € 845.100,00 (Oltre IVA se dovuta)”* ed è sulla base di tale percentuale di sconto offerto che venivano attribuiti alla ricorrente 30 punti per l'offerta economica che risultavano decisivi ai fini degli esiti di gara.

Tale modalità di formulazione dell'offerta economica, oltre ad essere desumibile dal richiamo dato testuale del Disciplinare, veniva ulteriormente chiarita in esito a specifico quesito del 13 luglio 2016 della ricorrente (Quesito n. 5) con il quale si chiedeva *“se la retta posta a base di gara, pari a € 365,00/mese/utente, sia da sommarsi al contributo versato dai genitori?”*.

L'Amministrazione nell'occasione precisava che *“il corrispettivo posto a base di gara così come indicato nel Capitolato Allegato A) di € 365 (da adeguarsi sulla base dello sconto) per ogni bimbo iscritto e frequentante è da intendersi quale compenso versato dall'Istituzione Scuole e Nidi d'Infanzia per la gestione del servizio. Le rette delle famiglie sono introitate direttamente dal Gestore e si sommano al compenso in argomento”*.

Ne deriva che la congruità della percentuale di ribasso formulata deve essere valutata con riferimento all'importo posto a base d'asta dall'Amministrazione, come specificato dalla *lex specialis* e precisato in sede di chiarimenti.

Con il medesimo capo d'impugnazione la ricorrente censura la quantificazione del proprio utile di impresa definito dall'Amministrazione in € 5.710,61 e nega di aver effettuato in corso di procedimento di verifica una rettifica di tale componente, originariamente indicato in € 29.885,37.

Sul punto, e precisamente con riferimento all'importo di € 411.145,89 che l'Amministrazione indica (in questo contraddetta dalla ricorrente) come costo del lavoro rettificato in corso di verifica, è necessaria una preliminare precisazione.

La ricorrente afferma che si tratterebbe non di una rettifica ma di un ricalcolo effettuato in applicazione dei criteri specificati dal RUP (che comunque ritiene non corretti) al solo scopo di dimostrare che l'offerta sarebbe in ogni caso capiente (una sorta di *“prova di resistenza”*).

Tale assunto non può essere condiviso.

In sede di terze giustificazioni fornite con nota del 9 gennaio 2017, infatti, la ricorrente, senza riserva alcuna, *“ripropone la tabella del costo complessivo del personale, inserendo le ore di malattia, gravidanza ed*

infortunio” (pag. 3) in sostituzione della precedente voce “*Costo sostituzioni*” ipotizzato in 170 ore annue complessive.

Considerando quindi le assenze per malattia, gravidanza ed infortunio la ricorrente formula (da pag. 2) delle “*Precisazioni in merito al calcolo del costo del personale*” riportando alle pagg. 4 e 5 la composizione dettagliata dei costi in argomento, pervenendo a pag. 6 ad una “*composizione del prezzo offerto*” che specifica il costo del lavoro in € 411.145,89 con conseguente riduzione dell’utile previsto da € 29.885,37 a € 5.710,61.

Tale rettifica non consegue pertanto ad una simulazione ma ad un ricalcolo effettuato considerando, non criteri individuati dall’Amministrazione ma comunque non condivisi, ma specifiche voci di costo la cui considerazione si presentava come necessaria (gravidanza, malattia e infortunio).

Circa lo specifico profilo si rileva ulteriormente l’inattendibilità delle ore stimate dalla ricorrente per le assenze in questione in 170 annue, corrispondenti a circa una giornata di assenza/anno per ciascun lavoratore impiegato.

Pur riconoscendo la natura di mero riferimento dei dati tabellari ministeriali contestati dall’Amministrazione (120 ore/anno per dipendente), lo scostamento esposto dalla ricorrente sulla base di non meglio documentate statistiche aziendali è palesemente incongruo.

E’ pertanto al dato rettificato in € 411.145,89 quale costo del lavoro che deve farsi riferimento ai fini della valutazione di sostenibilità o meno dell’offerta e al conseguente ridotto utile che ne deriva.

Con il secondo mezzo di impugnazione la ricorrente, riprendendo argomenti in parte già introdotti, censura le valutazioni del RUP con

specifico riferimento alla affermata incongruità delle singole voci di costo: utenze, spese generali e costi del personale.

Con riferimento a tale ultima voce di costo la ricorrente premette che il mancato rispetto dei valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali, in quanto limiti derogabili, non comporterebbe di per sé un giudizio di anomalia e confuta analiticamente i rilievi del RUP in ordine agli importi esposti.

In primo luogo la ricorrente replica alle osservazioni del RUP nella parte in cui esprimeva riserve in ordine alla natura del contratto applicato dalla ricorrente al personale (tempo pieno o *part time*) poiché nel progetto presentato in sede di gara, in relazione a determinate figure (es. insegnanti) veniva dichiarato che si prevedeva un impiego per 36 ore settimanali (corrispondente ad un impiego a tempo pieno) mentre in sede di verifica si specificava che per le medesime figure si applicava un contratto *part time* verticale *ex art. 1* del D. Lgs. n. 61/2000.

A tal proposito la ricorrente afferma la legittimità dell'assunzione di lavoratori inquadrati con contratto di *part time* verticale già ammessi espressamente dall'abrogato art. 1, comma 2, lett. d) della L. n. 61/2000 ma consentiti anche dall'art. 5 del D. Lgs. n. 81/2015 ove si prevede che *“il contratto di lavoro a tempo parziale è stipulato in forma scritta ai fini della prova. Nel contratto di lavoro a tempo parziale è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno”*.

Sul punto si rileva che il profilo non riveste particolare interesse ai fini della presente decisione poiché l'Amministrazione non contesta il ricorso a tale forma contrattuale ma rileva che nel corso dello

scambio di corrispondenza nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia non sarebbe stata chiarita la determinazione dell'orario di tale *part time*.

In secondo luogo la ricorrente censura la rilevata incidenza dei costi per assenze del personale dovute a malattie, maternità e infortunio (stimate in 170 ore per un importo pari a € 2.269,00) deducendo che non risulterebbero essere mai state pubblicate le tabelle ministeriali riferite al contratto CCNL ANINSEI.

La doglianza è infondata.

Sul punto si richiamano le suesposte considerazioni riferite al ricalcolo dei costi del lavoro e all'inattendibilità delle ore di assenza esposte per malattia infortunio e maternità che, peraltro, come anticipato, non erano state considerate dalla ricorrente e sono state introdotte come voce di costo solo a seguito di sollecitazione del RUP.

Quanto al fatto che la ricorrente non avrebbe considerato i costi delle due settimane di lavoro richieste prima dell'apertura dell'asilo (che porterebbe il conto totale a 45 settimane annue e non 43 come previsto) l'impresa rileva che tale segmento prestazionale non troverebbe riscontro nella *lex specialis* di gara che circa le modalità di svolgimento del servizio prevedeva all'art. 4.II.a) del CS che il servizio giornaliero dovesse svolgersi dalle ore 8:00 alle ore 16:00, con possibilità di ingresso anticipato alle ore 7:30 e uscita posticipata alle 18:30, dal lunedì al venerdì per un calendario di apertura annuale di 10 mesi (da settembre a giugno).

La doglianza è infondata.

La necessità di attività propedeutiche all'apertura la pubblico della struttura è ammessa dalla stessa ricorrente che nel Progetto

educativo e tecnico organizzativo presentato al punto a.2 precisa che *“é compito dell’adulto predisporre un ambiente curato e accogliente e stimolante che sappia accogliere le peculiari e plurime esigenze dei bambini”* (pag. 4) e che *“lo spazio delle sezioni sarà allestito ad inizio anno per accogliere i bambini e le famiglie in inserimento...”* (pag. 5).

Riconosce il Collegio che il preteso impiego di personale per 1 o addirittura 2 settimane per l’esecuzione di dette attività non trova previsione, in detti termini, nella disciplina di gara, tuttavia, non è contestabile (e nei fatti non è contestato dalla stessa ricorrente) che il servizio in questione preveda l’espletamento di attività propedeutiche che rendano la struttura idonea e fruibile alla data di inizio delle attività.

Ciò posto è certo che dette attività debbano necessariamente essere svolte precedentemente all’inizio del servizio come è altrettanto pacifico che il loro svolgimento comporti un impiego di personale e quindi dei costi: costi che la ricorrente non ha in alcun modo considerato: omissione di rilievo ai fini della valutazione di sostenibilità in ragione del già evidenziato ridotto utile di gestione.

Il disciplinare di gara, peraltro, in relazione alla voce *“ambienti spazi e materiali”* (che per evidenti ragioni non potrebbero essere predisposti in presenza dei bambini affidati alla struttura) prevedeva l’attribuzione di un punteggio sino a 6 punti e tale circostanza testimonia la rilevanza dello specifico profilo, e quindi la rilevanza di dette attività, nell’ambito della complessiva prestazione richiesta.

Con riferimento alla contestata mancata considerazione degli sconti (30%) per assenze non inferiori a 20 giorni continuativi per malattia certificata che inciderebbero sui ricavi dell’impresa, la ricorrente rileva che la percentuale di assenza considerata dal RUP

(statisticamente 24-26%) sarebbe riferita a tutte le assenze senza distinzione fra quelle che danno diritto allo sconto e quelle non rilevanti a tali fini, mentre secondo proprie statistiche aziendali l'incidenza percentuale delle assenze rilevanti sarebbe dello 0,5% e inciderebbe sulla sola quota a carico delle famiglie (circa 380 € annui). La doglianza è infondata.

La circostanza che le assenze suscettibili di determinare riduzioni della retta possano essere statisticamente contenute non esime la concorrente dal considerare detta eventualità e le relative incidenze sui ricavi preventivati, ancorché in misura parametrata a dati statistici storici.

La ricorrente ha inoltre omesso ogni considerazione della circostanza che la retta è soggetta ad ulteriori riduzioni in ipotesi di più figli iscritti dalla medesima famiglia che determinerebbero ulteriori contrazioni dei ricavi che dovevano necessariamente essere considerate.

Sul punto non potevano sussistere dubbi atteso che lo specifico profilo aveva costituito oggetto di quesito da parte della ricorrente.

Con il quesito n. 8, infatti, veniva richiesto all'Amministrazione se in relazione alle *“riduzioni previste in caso di malattia, sospensione natalizia, ecc..., lo sconto applicato dal gestore viene compensato dal Comune di Reggio Emilia o se è a carico del soggetto gestore”* e l'Amministrazione replicava precisando che *“le riduzioni previste nelle “Informazioni sulle norme relative alla frequenza e alle rette nei nidi d'infanzia comunali anno scolastico 2016/2017” sono previste per i servizi a gestione comunale. Le riduzioni richieste nel capitolato, al quale l'Ente Gestore si deve attenere, sono previste all'art 4, punto IV e precisamente: In caso di assenza per certificata malattia di un bambino non inferiore a 20 giorni consecutivi, l'Appaltatore si impegna ad*

applicare una riduzione sulla retta del 30%. L'Istituzione verserà comunque l'intero ammontare del corrispettivo. L'Appaltatore applicherà riduzioni in caso di famiglie con più figli frequentanti il servizio e/o servizi gestiti dalla stessa ditta e nel caso di avvio scaglionato del servizio, in analogia a quanto definito nei servizi comunali. Non sono previste compensazioni da parte dell'Istituzione Scuole e Nidi d'Infanzia del Comune per queste specifiche riduzioni. La contribuzione delle famiglie è gestita direttamente dall'aggiudicatario".

Sebbene alcuna delle parti ricorrente e resistente documenti il proprio dato circa l'incidenza percentuale di dette assenze (rispettivamente 0,5% e 24-26%), non vi è dubbio che tali riduzioni siano destinate ad essere applicate e che per tale ragione comportino una oggettiva contrazione dei ricavi che la ricorrente non ha assolutamente considerato, nemmeno nella singolare ridotta percentuale dalla stessa allegata in ricorso.

La ricorrente censura, altresì, il giudizio di omessa considerazione dei costi per le utenze indicati in € 10.000,00 mentre l'Amministrazione in base a propri dati storici li considererebbe pari a 18.000,00 ma senza ulteriori specificazioni che ne rendano palese il criterio seguito. Inoltre il confronto operato dal RUP con i dati storici riferiti all'Istituto non rileverebbe poiché sconosciuto ai concorrenti in quanto non esposto nella documentazione di gara.

Allega a conferma del dato esposto le favorevoli tariffe di cui gode in ragione dell'estesa presenza sul territorio nazionale e afferma che presso l'asilo Ludoscuola S.r.l. di Roma (26 bambini) le spese per energia elettrica nell'anno 2016 ammontavano a € 1.991,09: dato che riparametrato su un asilo di 78 bambini determinerebbe un costo di € 5.973,00,

Relativamente a tale profili deve rilevarsi la genericità delle difese della ricorrente che si fondano su un mero raffronto con i dati relativi ad una struttura di dimensioni e caratteristiche non specificate e ubicata in area climaticamente differente che non consente di riconoscere al dato un carattere di assoluta attendibilità.

La disciplina di gara, inoltre, imponeva l'effettuazione di un sopralluogo presso la struttura finalizzato a favorire la conoscenza da parte dei concorrenti degli elementi (anche strutturali) necessari a formulare un'offerta mirata e non solo basata su astratti dati statistici. Con riferimento alla pretesa incongruità delle spese generali la ricorrente afferma che il dato assunto a parametro di confronto da parte dell'Amministrazione sarebbe stato ricavato da confronti con soggetti sconosciuti nella denominazione e nel settore di attività e quindi non opponibile.

La doglianza coglie solo parzialmente nel segno poiché la ricorrente, che espone un preciso dato economico (€ 11.780,00) non specifica la composizione di detto importo comprovando i reali costi di ciascuna voce che concorre a comporre detto costo pur rientrando detti dati nella propria disponibilità.

Deve inoltre rilevarsi che è la stessa ricorrente ad allegare di non avere (quindi di non aver considerato) spese per canoni di locazione in quanto è proprietaria dei propri uffici; che i costi generali sono già coperti dalle altre commesse e che nel caso di specie considerava solo i costi incrementali determinati dalla commessa in questione.

A tal proposito (ad integrazione delle suesposte considerazioni) deve rilevarsi che detti costi, per quanto possano subire una riduzione qualora spalmati su una pluralità di commesse, incidono pur sempre

pro quota anche sulla commessa in questione e devono pertanto essere esposti.

Illustrata nei suesposti termini l'insufficienza delle argomentazioni spese da parte ricorrente per contestare la ragionevolezza del giudizio di incongruità espresso dall'Amministrazione circa la sostenibilità della propria offerta il Collegio evidenzia che è pacifico in giurisprudenza che *“nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (Cons. Stato, Sez. V, 17/11/2016, n. 4755; Sez. III, 6/2/2017, n. 514)”* e che *“il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto”* (Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2228).

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha condotto un articolato e puntuale procedimento di verifica, sviluppato in un triplice approfondimento, riferito una pluralità di componenti dell'offerta economica formulata dalla ricorrente pervenendo a un giudizio negativo che, anche in ragione dell'ampiezza delle componenti esaminate e della loro rilevanza in ordine alla definizione della congruità degli importi esposti, esprime una valutazione complessiva circa la sostenibilità della stessa.

La ricorrente, come ampiamente illustrato, conseguiva l'aggiudicazione all'esito di una gara che privilegiava di gran lunga gli aspetti qualitativi (70/30) unicamente grazie ad una offerta economica particolarmente vantaggiosa che, tuttavia, si rivelava

frutto di omissioni e sottostime di voci di costo e sovrastime di ricavi puntualmente rilevate in sede di verifica.

Il giudizio di incongruità dell'offerta in questa sede censurato che, come precisato deve ritenersi connotato da ampi margini di discrezionalità, avuto riguardo alle numerose criticità evidenziate e comprovate in sede di verifica, non consente di rilevare nel complessivo agire dell'Amministrazione profili di irragionevolezza e illogicità tali da palesare, sia pur sotto il profilo sintomatico, una distorsione nell'esercizio del potere valutativo.

Per quanto precede il ricorso deve essere respinto.

In ragione della specificità e complessità delle questioni oggetto del giudizio sussistono giuste ragioni per procedere alla compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Anna Maria Verlengia, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Poppi

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO