

Pubblicato il 28/02/2018

N. 00276/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00319/2017 REG.RIC.

 logo

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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 319 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C.N. Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Felice Ingravalle, Stefania Morgigno, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Occhiena in Torino, via Alfonso Lamarmora, 6;

contro

Iren S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso Galileo Ferraris N.43;

nei confronti di

Cms Italia S.r.l. non costituito in giudizio;

Societa' Cms Italia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Costa, Maria Teresa

Fanzini, Annamaria Torrani Cerenzia, con domicilio eletto presso lo studio Maria Teresa Fanzini in Torino, corso Montevecchio N. 50;

per l'annullamento

Per:

A) quanto al ricorso introduttivo:

I) l'annullamento previa sospensiva

- del provvedimento del 17.02.2017 (doc. n. 1), notificato il 20 successivo (doc. n. 2), a firma del Dirigente Assistenza Appalti e Lavori dell'IREN S.p.A., avente ad oggetto aggiudicazione definitiva, in favore del "CMS Italia S.r.l.", della gara 9312/2016 per <<Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia "Bruno Caccia" e la sede distaccata ex carcere "Le Nuove" – Torino>>;
- della nota del 20.02.2017 (cfr doc. n. 3), della stazione appaltante, recante notizia della predetta aggiudicazione;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, - con riserva di eventuali "motivi aggiunti" avverso atti e provvedimenti ulteriori a quelli gravati, allo stato non ancora conosciuti – compresi, ove occorra:
- tutti i verbali di gara e relativi allegati;
- la nota del 16.01.2017 (doc. n. 3) della Direzione Tecnica dell'IREN s.p.a., relativa alla verifica positiva di anomalia dell'offerta dell'odierna aggiudicataria;
- l'attestazione della Direzione Personale Holding del 10.02.2017;
- di tutti gli atti adottati dalla stazione appaltante successivamente alla trasmissione da parte della "CMS Italia s.r.l." della documentazione giustificativa della sua offerta.

II) nonché, ove occorra, per la declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto stipulando con il controinteressato nelle more del presente giudizio;

III) per l'accertamento del diritto della ricorrente ad essere dichiarata aggiudicataria dell'appalto di cui è causa e del conseguente diritto a subentrare nel contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio;

IV) nonché, in via ulteriormente subordinata per la condanna di IREN S.p.A. al risarcimento per equivalente monetario del danno in favore di “CN Costruzioni Generali s.r.l.”, quale conseguenza della gravata ed illegittima aggiudicazione al controinteressato e della perdita della commessa da parte della ricorrente, avuto riguardo al danno emergente ed al lucro cessante, nonché al mancato utile che le sarebbe derivato, ed in ogni caso nella misura di legge e di diritto, da determinare anche in via equitativa, in misura non inferiore al valore dell'appalto;

B) quanto ai motivi aggiunti presentati da C.N. COSTRUZIONI GENERALI S.R.L. il 11\4\2017 :

del verbale di gara denominato “Relazione apertura offerte telematiche” (doc. n. 20) del 09.01.2017, conosciuto il 23.03.2017 (doc. n. 21) a seguito di istanza di accesso relativa alla gara n. 9312/2016, indetta dall'IREN S.p.A., per <<Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia “Bruno Caccia” e la sede distaccata ex carcere “Le Nuove” – Torino>>;

C) quanto ai motivi aggiunti presentati da C.N. COSTRUZIONI GENERALI S.R.L. il 1\8\2017 :

- del provvedimento prot. n. IR002877-2017-P del 13.07.2017, a firma del Direttore “Approvvigionamenti, Logistica e Servizi” dell'IREN S.p.A., ad oggetto:<<Comunicazione di avvenuta adozione del procedimento di annullamento in autotutela del bando di gara pubblicato sulla GUCE in data 22.10.2016, per l'Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia “Bruno Caccia” e la sede distaccata ex carcere “Le Nuove” – Torino>>;
- dell'avviso pubblicitario di procedura competitiva, Tender 901/2017 del 17.07.2017, indetto da IREN S.p.A. per l'affidamento “per l'esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia “Bruno Caccia” e la sede distaccata ex carcere “Le Nuove” – Torino – CIG 714056008>>;
- di tutti gli atti di gara relativi all'anzidetto avviso pubblicitario;- di tutti gli atti di proroga del servizio appaltato, disposti dalla S.A. nei confronti dell'odierna controinteressata, richiamati nel gravato provvedimento di secondo grado;
- nonché di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto, ivi compresa, ove occorra:
- la nota prot. n. IR002395- 2017-P del 15.06.2017, recante comunicazione, ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/1990, di avvio del procedimento di annullamento in autotutela del bando di gara di cui è causa;
- il parere favorevole, ove esistente, del Responsabile Unico del Procedimento, Dott.ssa Orietta Ciboldi all'annullamento della gara in parola, richiamato nel gravato provvedimento di secondo grado;

II) la condanna, della “IREN S.p.A. al risarcimento del danno spettante alla ricorrente anche nel caso di legittimità del gravato provvedimento di autotutela, a titolo di responsabilità precontrattuale o responsabilità da contatto sociale qualificato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Iren S.p.A. e di Societa' Cms Italia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Iren S.p.a. in data 22.10.2016 ha indetto la gara n. 9312/2016 per “Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia “Bruno Caccia” e la sede distaccata ex carcere “Le Nuove” – Torino”, gara da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, a partire da una base d’asta di complessivi € 4.645.000, di cui € 3.853.000 (con € 35.000,00 per oneri di sicurezza da interferenza) relativi a servizi ed € 792.000 (con € 10.000 per oneri di sicurezza da interferenza) relativi a lavori.

2. Alla gara partecipavano sia la odierna ricorrente che la controinteressata CMS s.r.l.

3. Esaminate le offerte tecniche, in data 09.01.2016 la Commissione di gara procedeva all’apertura delle offerte economiche ed approvava

la graduatoria provvisoria, che vedeva collocata al primo posto la “CMS s.r.l.” con punteggio di 100, di cui 80 per l’offerta economica e 20 per quella tecnica per un importo di € 2.045.620,00, con un ribasso di 55,53%; seconda in graduatoria era la ricorrente con un ribasso offerto di 44,08%. La Commissione determinava la soglia di anomalia e dipoi avviava il procedimento di verifica nei confronti di CMS.

4. A seguito del sub-procedimento di verifica della congruità della offerta di CMS veniva confermata la aggiudicazione a favore di quest’ultima.

5. Avuto accesso agli atti del procedimento CN ha impugnato la determinazione finale di aggiudicazione dell’appalto a favore di CMS e tutti gli atti ad essa presupposti deducendone la illegittimità per i seguenti motivi:

I) Violazione ed erronea applicazione degli artt. 23, 30 e 97 D. L.vo 50/2016, degli artt. 7 ed 8 del Capitolato d’appalto, violazione della tabella ministeriale di cui al CCNL Metalmeccanici, eccesso di potere per motivazione illogica, perplessa, carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, travisamento, violazione dell’art. 97 Cost., del principio di par condicio e di immodificabilità dell’offerta, violazione del principio di ragionevolezza tecnica: il prezzo offerto dall’aggiudicataria risulta inidoneo a garantire trattamenti salariali minimi ed a coprire tutte le prestazioni appaltante; in particolare la aggiudicataria ha abbassato surrettiziamente il costo della manodopera indicando 3 unità lavorative di livello inferiore rispetto a quello richiesto dalla normativa di gara, inoltre il costo totale delle unità lavorative impiegate – indicato in Euro 240.496,24 per il Palagiustizia-Iride ed

in Euro 336.616,17 per il personale di supporto per Palagiustizia -, risulta inadeguato a garantire alle stesse il costo orario e indicato dalle tabelle ministeriali, anche supponendo che ognuna di esse osservi l'orario annuo teorico di 2088 ore, inferiore l'orario medio annuo di 1616 ore; la aggiudicataria risulta inoltre aver tenuto conto di un monte ore per la manodopera che non copre la durata dell'appalto;

II) Violazione dell'art. 3 della L. 241/90, violazione ed erronea applicazione dell'art. 97 del D. L.vo 50/2016, eccesso di potere per carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, travisamento dei fatti, sviamento: la valutazione finale di congruità della offerta economica presentata dalla aggiudicataria , riportata nel corpo della determinazione di aggiudicazione definitiva, risulta sorretta da motivazione insufficiente, con particolare riferimento alla affermata circostanza che il costo orario di Euro 14,88 risulterebbe frutto dello scorporo, dalla paga oraria, di un "rateo", correlato al fatto che il personale impiegato per l'esecuzione dell'appalto di cui si discute dovrebbe essere impiegato anche su altri cantieri.

6. Con ricorso per motivi aggiunti depositato l'11 aprile 2017 CN ha impugnato il verbale di gara denominato "Relazione apertura offerte telematiche" del 9 gennaio 2017, conosciuto il 23 marzo 2017 a seguito di accesso: a sostegno del gravame CN ha riproposto il primo dei motivi articolati nel ricorso introduttivo del giudizio

7. Costituendosi in giudizio IREN s.p.a. ha osservato che il Capitolato prevede che le attività siano retribuite sulla base di "canoni" mensili (precisamente il canone PA001 per le attività riferite agli impianti elettrici ed il canone PA002 per le attività riferite agli impianti termici) comprensivi della manodopera e dei materiali di consumo, ma non del costo delle eventuali componenti da sostituire,

che va ad aggiungersi e che viene remunerato a consuntivo; il Capitolato prevede inoltre tutta una serie ulteriore di prestazioni che sono remunerate separatamente, circostanza, questa, di cui la ricorrente non terrebbe debito conto. Nel merito delle singole doglianze IREN ha replicato sul primo motivo che la aggiudicataria ha indicato in tutti casi personale con qualifica consentita dal Capitolato, che per le prestazioni a canone il costo medio orario della manodopera indicato da CMS in Euro 14,88 sarebbe pienamente “in linea” con le tabelle ministeriali e che la aggiudicataria ha correttamente individuato il numero di ore totali di manodopera; sul secondo motivo ha rilevato che la motivazione del provvedimento finale di congruità della offerta della aggiudicataria non è effettuata per mero rinvio ad altri atti istruttori ma fa applicazione dei parametri di valutazione espressi nel Capitolato tecnico.

8. CMS, dal canto suo, dopo aver fatto rilevare di essere gestore uscente e di svolgere il servizio dal 2011 con soddisfazione della Stazione appaltante e ad un prezzo inferiore a quello indicato nella presente gara, ha sostenuto che non sussisterebbe un significativo scostamento tra la paga oraria risultante dalla applicazione delle tabelle ministeriali (a detta della ricorrente pari ad Euro 15,56) e quella media da essa indicata (euro 14,88), la quale è conseguente al sistema di organizzazione aziendale del lavoro ed in particolare dalla divisione del costo annuo lordo per il divisore di 2008 ore annue lavorate. CMS ha inoltre affermato nelle proprie difese che tale costo orario medio deriverebbe dalla applicazione, al canone mensile di Euro 27.349,61, del ribasso del 55,53% offerto e dipoi delle spese generali ed utili di impresa: il risultato, cioè un costo mensile per manodopera pari ad Euro 11.358,20, moltiplicato per i due presidi

oggetto di manutenzione, per le 36 mensilità di durata del contratto e poi diviso per il numero di ore di manodopera totali per il triennio dà, appunto, un costo orario di Euro 14,88. La aggiudicataria ha infine invocato la discrezionalità che caratterizza il giudizio sulla congruità di una offerta anomala, nonché la globalità dello stesso, e quindi la impossibilità di sindacarlo solo con riferimento a singoli elementi.

9. In esito alla camera di consiglio del 24 aprile 2017 il Collegio ha sospeso gli atti impugnati, fissato la discussione del merito per l'udienza pubblica dell'8 novembre 2017. Con separata ordinanza n. 582/2017 ha inoltre disposto verifica al fine di acquisire elementi utili a stabilire se la offerta economica della aggiudicataria sia o meno idonea a garantire ai lavoratori impiegati la remunerazione prevista dalla contrattazione collettiva di riferimento: a tal fine il Collegio ha assegnato al verificatore termine sino al 30 settembre 2017 per il deposito della propria relazione definitiva.

10. Il 12 luglio 2017 il verificatore nominato dal Collegio ha trasmesso alla Segreteria della Sezione una nota con la quale informava di aver chiesto a CMS di fornire documentazione e che questa aveva risposto adombrando l'opportunità di rinviare le operazioni di verifica in esito alla decisione che il Consiglio di Stato avrebbe assunto sulla ordinanza cautelare e su quella istruttoria: il Consigliere delegato, con decreto del 14 luglio 2017 ha pertanto dato disposizioni affinché tutte le parti in causa, ma in particolare CMS, collaborassero con il verificatore trasmettendo con sollecitudine i documenti da questi richiesti, e ciò al fine di consentire una completa istruttoria del giudizio in vista della discussione del merito.

11. Il 19 luglio 2017 IREN ha prodotto copia del provvedimento prot. n. IR002877-2017-P del 13.07.2017 (doc. n. 25), a firma del Direttore “Approvvigionamenti, Logistica e Servizi” dell’IREN S.p.A., a mezzo del quale la Stazione appaltante ha comunicato l’avvenuto annullamento in autotutela del bando relativo alla gara per cui è causa, indetta per l’affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia “Bruno Caccia” e presso la sede distaccata ex carcere “Le Nuove” – Torino, codice CIG 714056008: nella motivazione del provvedimento si riferisce che in pendenza del contenzioso IREN, al fine di assicurare la continuità del servizio, ha disposto la proroga del servizio al gestore uscente sino al 31 dicembre 2017; che verificate le ore di manodopera esposte ed i costi per le forniture esposti dalla ricorrente e dalle altre imprese concorrenti, emergeva che nessuna di esse aveva interpretato correttamente la *lex specialis* di gara , producendo offerte non conformi alle esigenze di essa Stazione appaltante; che pertanto IREN ha ritenuto opportuno procedere all’immediato annullamento in autotutela degli atti di gara, indicando una nuova gara, allo scopo di pervenire alla scelta del contraente nel minor tempo possibile.

12. Con motivi aggiunti depositati il 1° agosto 2017 la ricorrente ha impugnato la determinazione di cui sopra deducendone la illegittimità per:

I) Violazione ed erronea applicazione degli artt. 3 e 97 del D. L.vo 50/2016, dell’art. 8 del Capitolato d’appalto e dell’art. 8 del contratto; eccesso di potere per motivazione erronea e perplessa, carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, travisamento dei fatti e sviamento, violazione del principio di buon

andamento e della par condicio tra i concorrenti: il provvedimento si fonda sulla affermata anomalia della offerta della seconda classificata CN, che non è mai stata accertata nelle forme dettate dal Codice; è contraddittorio che l'offerta di CN, ben superiore alla "congrua" offerta della aggiudicataria, sia improvvisamente ritenuta anomala; contrariamente a quanto si afferma nel provvedimento impugnato le previsioni del Capitolato e del contratto non offrono alcuna possibilità per la aggiudicataria di chiedere una remunerazione per ore lavorate in numero maggiore a quelle richieste e ritenute sufficienti dal Capitolato; il provvedimento impugnato erra laddove considera incomprensibile ed insufficiente il costo delle forniture, poiché esso comunque non è comprensivo di tutte le voci di spesa che ai sensi dell'art. 8.6. del contratto sono remunerate a misura;

II) Violazione ed erronea applicazione degli articoli 3 e 21 nonies della L. 241/90, dell'art. 32 D. L.vo 50/2016 e dell'art. 8 del Capitolato tecnico, eccesso di potere per carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, sviamento, violazione del principio del *contrarius actus*, incompetenza: il provvedimento impugnato non indica le ragioni di illegittimità, non dà conto della avvenuta comparazione tra l'interesse pubblico con l'affidamento riposto dai partecipanti nella legittimità degli atti di gara; è contraddittorio laddove colpevolizza i partecipanti alla gara per aver mal interpretato la regola di gara, che però viene ritenuta non chiara; il provvedimento di annullamento è stato adottato da un organo differente rispetto a quello che ha pronunciato l'aggiudicazione definitiva, in violazione delle regole del *contrarius actus*;

III) Illegittimità derivata: tutti gli atti della nuova gara devono ritenersi illegittimi in quanto conseguenza dell'illegittimo annullamento degli atti relativi alla gara per cui è causa;

IV) Violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza ex art. 1337 c.c.: anche nella ipotesi di ritenuta legittimità dell'annullamento degli atti di gara non si può non considerare il comportamento tenuto dalla Stazione appaltante come integrante un illecito contrattuale, in contrasto con la correttezza che le parti devono mantenere nel corso delle trattative precontrattuali, imposta dall'art. 1337 c.c.; nella specie infatti l'annullamento degli atti di gara deriverebbe da una negligenza di IREN nella stesura delle regole di gara e del Capitolato, che si sarebbe tradotta in regole poco chiare; CN ha subito per effetto di ciò un danno consistente nelle spese indebitamente sostenute per partecipare alla gara, nel lucro cessante, nel danno da perdita di chances, nel danno curricolare e nel danno da mancata aggiudicazione; la responsabilità della Stazione appaltante è comunque predicabile anche ai sensi dell'art. 2043 c.c., sub specie di danno da contatto sociale qualificato.

13. Con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 1° agosto 2017 la ricorrente ha quindi formulato domanda risarcitoria in relazione alla responsabilità precontrattuale della Stazione appaltante.

14. IREN ha resistito anche a tale ricorso per motivi aggiunti, contestando anzitutto l'accusa di aver cercato di sottrarsi alle statuizioni di questo Tribunale e di aver agito in violazione della par condicio, cercando di avvantaggiare indebitamente CMS, ribadendo invece di aver cercato di prevenire il ritardo nella aggiudicazione che sarebbe conseguito all'annullamento del ricorso da parte del

Tribunale ed alla già evidente inadeguatezza delle offerte collocate in graduatoria dopo quella di CMS.

14.1. Nel merito IREN ha esposto: di non aver inteso valutare la anomalia della offerta di CN, ma di aver semplicemente voluto esporre la motivazione del provvedimento; che gli argomenti esposti da CN confermano la errata lettura degli atti di gara e che non è influente il costo delle forniture esposto nella offerta, sol per il fatto che alcune sono remunerate a misura; che legittimamente una stazione appaltante può ricorrere all'annullamento laddove ravvisi incertezze ed ambiguità negli atti di gara; che la ricorrente non era titolare di una posizione soggettiva tale da dover essere tenuta in considerazione nel bilanciamento degli interessi; che non può ipotizzarsi violazione od elusione di un giudicato quando le statuizioni del giudice presentino margini di discrezionalità; che vi è una piena identità tra il dirigente apicale che ha disposto ed approvato gli atti della gara in essere e quello che ne ha disposto l'annullamento d'ufficio; che gli atti della nuova gara non sono stati impugnati per vizi propri e quindi non possono essere annullati laddove non si riscontri alcun vizio nell'atto di annullamento degli atti relativi alla precedente gara; che la stazione appaltante mantiene sempre il potere di annullare gli atti di una gara, purché con motivazione che dia conto dell'interesse pubblico; che non è possibile ipotizzare trattative ed ingiustificato recesso dalle trattative prima che venga pronunciata l'aggiudicazione definitiva, che solo è idonea a creare un affidamento nell'operatore prescelto, che il procedimento finalizzato all'annullamento degli atti di gara era stato avviato, e si è concluso, ben prima che il verificatore depositasse la bozza della propria relazione e quindi non è stato determinato dal

risponso emergente da tale verifica; che l'annullamento è stato determinato dalla constatata ambiguità degli atti di gara. Iren ha ancora contestato la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta ad essa ascritta ed i danni lamentati dalla ricorrente.

15. CMS dal canto suo, ha resistito ai motivi aggiunti del 1° agosto 2017 sottolineando che il verificatore si era "insediato" solo il 10 luglio 2017, dopo circa due mesi dalla pubblicazione della ordinanza istruttoria, e che solo la constatazione di tale ritardo l'aveva indotta a rappresentare al verificatore l'imminente discussione in Consiglio di Stato dell'appello sulle ordinanze pronunciate dal Collegio; a seguito del decreto n. 158/2017 aveva peraltro trasmesso immediatamente tutta la documentazione richiesta dal verificatore. Ha inoltre ribadito che gli argomenti utilizzati da CN confermano l'errata lettura che essa ha dato del Capitolato, che i costi per le forniture indicati dalla stessa ricorrente è anomala, inattendibile e comunque costituisce un dato rilevante ai fini della valutazione della rispettiva offerta.

16. Il 26 settembre 2017 il verificatore ha rassegnato il proprio elaborato dal quale emerge, riassuntivamente: a) che il personale da impiegare per l'esecuzione del servizio oggetto di gara deve avere un inquadramento che varia dalla 3a alla 8a categoria; b) che tenuto conto del numero e del livello contrattuale del personale che CMS, gestore uscente, per l'anno 2016 e per il primo semestre 2017 ha assegnato all'esecuzione del servizio il costo medio orario della manodopera risulta pari ad Euro 17,90 per il 2016 ed Euro 17,85 per il 2017, senza tenere conto degli incrementi determinati dal rinnovo del CCNL, che si applica con decorrenza 29 dicembre 2016, incrementi quantificabili in media in Euro 0,6242 all'ora; c) che il costo medio orario effettivo della manodopera impiegata da CMS

per l'esecuzione del servizio di che trattasi si aggira su Euro 18,47, significativamente inferiore a quello di Euro 14,88 da essa indicato e sempre inferiore a quello indicato nelle tabelle ministeriali, pari ad Euro 20,23 per un livello 3, ad Euro 20,64 per un livello 3 Superiore, ad Euro 21,11 per un livello 4, ad Euro 22,81 per un livello 5, e ad Euro 24,22 per un livello 5 Superiore.

17. L'appello avverso l'ordinanza cautelare e l'ordinanza istruttoria è stato respinto dal Consiglio di Stato sul rilievo che le esigenze cautelari della appellante erano adeguatamente tutelate dalla fissazione della discussione del merito per la pubblica udienza dell'8 novembre 2017.

18. Con provvedimento del RUP del 12 settembre 2017 la nuova gara, indetta con avviso del 17 luglio 2017, è stata sospesa sino al 31 dicembre 2017.

19. Alla camera di consiglio del 27 settembre 2017 il Collegio ha accolto la domanda cautelare formulata con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 1° agosto 2017, e per l'effetto ha sospeso sia il provvedimento del RUP del 13 luglio 2017, n. prot. IR002877-2017-P, a mezzo del quale è stato disposto l'annullamento in autotutela degli atti relativi alla gara per cui è causa, sia gli atti relativi alla gara indetta con avviso pubblicato il 17 luglio 2017.

20. Dopo scambio di memorie i ricorsi sono giusti a discussione alla pubblica udienza dell'8 novembre 2017, allorché sono stati introitati a decisione.

DIRITTO

21. Prioritariamente il Collegio deve esaminare il secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 1° agosto 2017, il quale ha ad oggetto atti che determinano il sopravvenuto difetto di interesse alla

decisione sul ricorso introduttivo del giudizio e sul primo ricorso per motivi aggiunti, quantomeno con riferimento alle domande tendenti all'annullamento degli atti gravati con il ricorso introduttivo del giudizio e con il primo dei motivi aggiunti.

21.1. Come già accennato nella esposizione del fatto, con provvedimento del 13 luglio 2017 il RUP ha determinato di “annullare in autotutela” il bando pubblicato sulla GUCE il 22 dicembre 2016 relativo alla gara codice CIG 6797854694 e tutti gli atti successivi relativi alla gara medesima, conclusasi con aggiudicazione che è stata impugnata dalla seconda classificata con il ricorso introduttivo del giudizio e con il primo ricorso per motivi aggiunti.

21.2. La motivazione dell'indicato provvedimento di annullamento si snoda nei seguenti passaggi: a) il servizio dovrebbe essere consegnato in via definitiva al massimo entro il 31 dicembre 2017, posto che l'art. 106 comma 1 del D. L.vo 50/2016 impone di contenere la eventuale proroga del gestore uscente *“al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente”*; b) la verifica disposta dal Tribunale sta procedendo in modo rallentato ed è quindi prevedibile che il giudizio non sarà definito entro la data del 31 dicembre 2017; c) non può essere rinnovato il giudizio di anomalia relativo alla offerta di CMS in quanto non si dispone di nuovi elementi che possano rendere utile una rinnovazione; d) al fine di valutare se attendere l'esito del giudizio o procedere con iniziative alternative occorre preventivamente valutare la possibilità in concreto di aggiudicare il servizio ad una delle imprese che si sono collocate in graduatoria dopo la aggiudicataria; e) CN pare aver decisamente sottostimato il

“costo forniture”; moltiplicando il costo medio orario della manodopera per il numero di ore richiesto dal bando per le prestazioni remunerate a canone, ad aggiungendoci il “costo forniture” ne risulta una offerta economica addirittura inferiore a quella di CMS, da considerarsi come tale anomala; f) l’offerta di CN è strutturata su un numero di ore di manodopera che per le attività di presidio è più che doppio rispetto a quello indicato dal bando: ciò dimostra che il bando non è stato inteso correttamente da CN ed inoltre ciò potrebbe essere causa della pretesa, da parte di CN, di compensi ulteriori per le ore di manodopera superiori a quelle richieste nel bando; g) le ditte concorrenti collocate in graduatoria dopo CN sono a loro volta incorse in una non corretta interpretazione della regola di gara, offrendo di eseguire un numero di ore superiore a quello indicato per i presidi remunerati a canone; h) in caso di accoglimento del ricorso proposto da CN, quindi, IREN verosimilmente non sarebbe in grado di aggiudicare la gara ad una delle ditte che vi hanno partecipato e quindi dovrebbe indire una nuova gara, ricorrendo ad ulteriori proroghe del contratto scaduto; i) avendo la regola di gara determinato la presentazione di offerte *“che oggettivamente dimostrano di averla intesa in modo non uniforme e che non sembrano idonee a soddisfare i bisogni della amministrazione”*, e non potendosi escludere che i ricorrenti siano stati indotti in errore proprio dalla regola di gara ambigua, IREN ha ritenuto di annullare la gara in corso *ex officio* e di bandire una nuova procedura *“quale unico rimedio utile in tempi brevi a mettere fine alla proroga del contratto ed evitarne l’affidamento ad un operatore economico che, indotto in errore dalla formulazione degli atti di gara, ha formulato una offerta non conforme ai bisogni di IREN.”*.

21.3. La riportata motivazione del provvedimento del RUP del 13 luglio 2017 desta perplessità per più ragioni.

21.3.1. Anzitutto afferma che il contratto in essere non dovrebbe essere prorogato oltre il 31 dicembre 2017, ma al di là del generico richiamo all'art. 106 comma 1 (*rectius* 11) del Codice, non ne indica chiaramente la ragione. Il Collegio osserva che quantunque la proroga del contratto (c.d. "proroga-ponte") debba essere contenuta nei limiti dello strettamente necessario a portare a termine le procedure di aggiudicazione del nuovo contratto, è altrettanto vero che il legislatore non ha posto un limite massimo al ricorso alla proroga (quando il legislatore ha inteso, in taluni settori, fissare una durata massima per i contratti in essere, l'ha stabilito con norme chiare e specifiche: ad esempio nel settore della distribuzione del gas): a tal proposito è utile ricordare che l'art. 23 della L. 63/2005, nel disciplinare la c.d. "proroga-ponte", stabiliva chiaramente che *"I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge"*, mentre nell'art. 106 comma 11 del D. L.vo 50/2016, come detto, non v'è più traccia della fissazione di una durata massima della proroga, che dunque deve ritenersi ammissibile sino a definizione delle nuove procedure di affidamento ancorché esse possano richiedere un tempo maggiore; né, peraltro, la previsione in esame (art. 106 comma 11 del D. L.vo 50/2016) può essere interpretata nel senso che gli eventuali contenziosi giudiziari che determinano ritardi

nelle procedure non costituiscono una causa legittima per accordare proroghe al contratto scaduto, poiché una tale interpretazione indurrebbe quasi sistematicamente la riedizione della gara senza attendere l'esito del giudizio, e finirebbe quindi per frustrare il diritto di ricorrere contro le decisioni di aggiudicazione, quantomeno nei casi in cui non venga azionato l'interesse strumentale alla riedizione della gara. Nella allusione alla necessità di non prorogare il contratto scaduto oltre al 31 dicembre 2017 si rinviene, dunque, una prima conferma della volontà di frustrare l'esito del giudizio ed un sintomo di sviamento di potere.

21.3.2. Il Collegio osserva, ancora, che IREN non sembra aver preso minimamente in considerazione l'ipotesi di adeguarsi al responso del verificatore, che avrebbe potuto confermare la congruità della offerta di CMS, premessa per un esito del giudizio sfavorevole a CN, con conseguente immediata conclusione della gara; o che invece avrebbe certificato la anomalia della offerta medesima, determinando la necessità di escludere dalla gara la aggiudicataria e di far scorrere la graduatoria: ciò che in tutta evidenza IREN ha inteso evitare sotto il pretesto che tutte le ulteriori offerte non sarebbero confacenti alle esigenze di essa Stazione appaltante. Al fine di pervenire a tale affermazione nel provvedimento impugnato IREN si spinge, in primo luogo, ad affermare la anomalia della offerta di CN, con ciò scavalcando il RUP o la Commissione giudicatrice, ai quali soltanto spettava eventualmente una simile valutazione. A tale declaratoria, inoltre, il provvedimento impugnato giunge sulla base di un ragionamento (moltiplicando il costo medio orario della manodopera, indicato da CN in Euro 17,25, per 54.960 ore richieste dal capitolato e sommando ad esse il "costo fornitura" si otterrebbe

una offerta economica di importo addirittura inferiore a quello di CMS), che oblitera un dato essenziale, e cioè che CN si è offerta di eseguire il contratto non al prezzo “ricostruito” nel provvedimento impugnato ma al prezzo di Euro 2.572.320,00, che è di oltre Euro 500.000,00 più elevato di quello offerto da CMS: si vuol dire, cioè, che il firmatario del provvedimento impugnato ha compiuto una operazione inusitata e certamente non consentita, che è consistita nel manipolare il prezzo offerto da CN per eseguire il servizio in funzione di adattarlo al numero di ore di manodopera richiesto dal Capitolato (54.960), inferiore a quello indicato da CN nella propria offerta tecnica, così ottenendo l'effetto di rideterminare il prezzo offerto da CN in misura inferiore a quello da essa indicato: tale operazione è tanto bizzarra che appare doveroso ipotizzare che essa abbia costituito un pretesto per giungere ad aprire un (non rituale) sub-procedimento di verifica della congruità della offerta di CN, passaggio questo che ovviamente richiedeva la preliminare declaratoria di anomalia della offerta di CN e che è quello che ha consentito ad IREN di aprire il discorso sulla inidoneità delle varie offerte collocate in graduatoria e dipoi per prefigurare la ambiguità o comunque il fraintendimento della regola di gara. Orbene: è agevole osservare che se il firmatario del provvedimento impugnato si fosse astenuto dal compiere le ricordate affermazioni e valutazioni, l'offerta di CN non avrebbe potuto tanto facilmente essere rimessa in discussione – stante che essa ha riportato per l'offerta economica un punteggio di 63,504, inferiore, sia pure di pochissimo, ai 4/5 del punteggio massimo previsto per l'offerta economica (80 punti), per il che tale offerta non risponde(va) al criterio indicato all'art. 97 comma 3 per essere considerata una

offerta anomala –ed a seguito dell'accoglimento del ricorso il servizio sarebbe stato aggiudicato alla ricorrente senza ulteriori lungaggini. La motivazione del provvedimento impugnato risulta dunque assolutamente pretestuosa laddove afferma che in caso di accoglimento del ricorso sarebbe stato problematico aggiudicare la gara a CN, e che i tempi si sarebbero allungati più di quanto non si potrebbero allungare con l'esperimento di una nuova gara.

21.3.3. Se ciò non bastasse si consideri ancora che anche l'ipotizzato rischio che CN potesse chiedere un compenso ulteriore o suppletivo per il maggior numero di ore manodopera che essa ha indicato nella propria offerta relativamente alle prestazioni remunerate a canone, appare assolutamente destituito di fondamento, essendo chiaro che tale monte ore si riferisce ai presidi remunerati a canone forfettario e che il monte ore indicato all'art. 8.3. ed 8.4 del Capitolato era ritenuto da IREN, non già un tetto insormontabile sibbene il numero di ore di manodopera "mediamente" necessario per garantire la qualità del servizio: nessuna previsione della *lex specialis*, correlativamente, statuiva la necessità di non oltrepassare quel monte ore, né prevedeva alcun tipo di sanzione per il caso in cui esso fosse stato superato, né, peraltro, prevedeva che eventuali ore di manodopera in più sarebbero state remunerate a parte; esistono anzi previsioni di segno opposto: l'art. 8.11 del Capitolato stabiliva infatti che "*Il Committente potrà aumentare o diminuire il numero di letture e/o verifiche da effettuare sugli impianti senza che l'Appaltatore possa trarne argomento per chiedere compensi aggiuntivi*", mentre l'art. 8.14 prevedeva addirittura che "*Durante lo svolgimento dell'appalto il numero degli impianti tecnologici potrà diminuire o aumentare senza che l'appaltatore possa vantare compenso alcuno*". Il diritto dell'appaltatore a poter pretendere

compensi aggiuntivi in dipendenza del maggior numero di ore di manodopera dedicate ai servizi remunerati a canone è dunque inesistente, ed evidentemente non è un caso che la questione non sia mai stata rilevata in corso di gara dal RUP o dalla Commissione giudicatrice.

21.3.4. L'inesistente pericolo di dover pagare un prezzo supplementare è però servito, nella motivazione del provvedimento impugnato, ad enfatizzare il presunto fraintendimento della regola di gara, nel quale sarebbero incorse anche le ditte collocate in graduatoria dopo CN, ed ha infine consentito di ipotizzarne la ambiguità. Quindi, in definitiva, anche la affermata illegittimità del bando, consistente nella ambiguità dell'art. 8.3 ed 8.4 del Capitolato tecnico, oltre che inesistente risulta "costruita" artatamente, evidentemente allo scopo di poter pervenire alla declaratoria di annullamento in autotutela.

21.4. Le dianzi esposte considerazioni giustificano ampiamente la affermazione secondo cui il provvedimento di annullamento del 13 luglio 2017 è inficiato da sviamento di potere in quanto adottato non per la finalità enunciata (porre rimedio ad una illegittimità pervenendo nello stesso tempo ad aggiudicare il servizio nel più breve tempo possibile), quanto piuttosto al fine di non aggiudicarlo a CN o ad alcuna delle altre ditte partecipanti.

21.5. Se lo sviamento di potere che inficia il provvedimento del 13 luglio 2017 risulta ampiamente comprovato dalle sopra indicate circostanze, emergenti dalla motivazione del provvedimento stesso e dagli atti di gara, un ulteriore sintomo di tale vizio si apprezza, infine, anche nella evidente e patente violazione delle norme che disciplinano il sub-procedimento di verifica della congruità della

offerta anomala, che deve svolgersi in contraddittorio con l'offerente e che comunque deve essere condotta dal RUP o dalla Commissione giudicatrice, procedimento che nella specie è stato totalmente disapplicato.

21.6. Ritenuto dimostrato lo sviamento di potere che vizia il provvedimento del 13 luglio 2017 nessuna rilevanza può avere il rilievo, invocato nelle difese di IREN, secondo cui la stazione appaltante conserva sempre il potere di annullare in autotutela gli atti di gara, persino dopo aver disposto la aggiudicazione definitiva.

21.7 In accoglimento del secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato dalla ricorrente il 1° agosto 2017 va pertanto annullato il provvedimento prot. n. IR002877-2017-P del 13.07.2017, a firma del Direttore "Approvvigionamenti, Logistica e Servizi" dell'IREN S.p.A., ad oggetto: << *Comunicazione di avvenuta adozione del procedimento di annullamento in autotutela del bando di gara pubblicato sulla GUCE in data 22.10.2016, per l'Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia "Bruno Caccia" e la sede distaccata ex carcere "Le Nuove" – Torino* >>; vanno inoltre annullati, per illegittimità derivata sia l'avviso pubblicitario di procedura competitiva, Tender 901/2017 del 17.07.2017, indetto da IREN S.p.A. per l'affidamento "*per l'esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia "Bruno Caccia" e la sede distaccata ex carcere "Le Nuove" – Torino – CIG 714056008*" sia tutti gli atti di gara relativi all'anzidetto avviso pubblicitario posti in essere, eventualmente, prima che il Collegio ne disponesse la sospensione.

22. Occorre, quindi, passare all'esame del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivi aggiunti, che possono essere esaminati

congiuntamente atteso che in entrambi si deduce la non congruità della offerta di CMS in ragione della inidoneità di essa a garantire ai lavoratori impiegati i livelli salariali imposti dalla CCNL di riferimento.

22.1. Il verificatore ha riferito che il costo medio orario della manodopera, indicato da CMS in Euro 14,88, è significativamente inferiore a quello risultante dalla applicazione del CCNL, e non risulta in alcun modo giustificabile: in particolare CMS non ha dedotto né dimostrato che il personale alle sue dipendenze effettua un numero di ore annue di lavoro superiore a quello medio indicato nelle tabelle ministeriali; ma anche ove le ore lavorate effettive corrispondessero al monte ore teorico desumibile dalle tabelle ministeriali (che corrisponde alle ore di lavoro dovute in base al contratto) non si giustificerebbe un costo orario così contenuto; peraltro un numero di ore lavorate superiore al monte ore teorico si tradurrebbe in ore di straordinario e determinerebbe un incremento del trattamento stipendiale e quindi del costo del lavoro.

22.2. IREN ha dunque errato nel considerare il costo orario medio di Euro 14,88 in linea con quello evincibile dalle tabelle ministeriali.

22.3. Si consideri poi che proprio CMS, nelle proprie difese ha affermato che tale costo orario medio deriverebbe dalla applicazione, al canone mensile di Euro 27.349,61, del ribasso del 55,53% offerto, dal quale sarebbe stato poi detratto l'importo delle spese generali e degli utili di impresa: il risultato, cioè un costo mensile per manodopera pari ad Euro 11.358,20, moltiplicato per i due presidi oggetto di manutenzione e per le 36 mensilità di durata del contratto e poi diviso per il numero di ore di manodopera totali per il triennio dà, appunto, un costo orario di Euro 14,88 ($11.358,20 \times 2 =$

22.716,40; $22.716,40 \times 36 = 817.790,40$; $817.790,40 : 54960 = 14,8797$). Ebbene, proprio da tale spiegazione si trae conferma che CMS non ha intenzione di rinunciare al proprio utile di impresa per garantire ai lavoratori una paga più elevata, e peraltro non è neppure chiaro se rinunciando all'utile di impresa CMS sarebbe in grado di assicurare ai lavoratori la paga dovuta in base al CCNL. E' evidente, comunque, che CMS ha individuato il costo orario medio della manodopera "per esclusione", e cioè emendando dal ricavato disponibile tutte le altre voci di prezzo e gli utili, operazione questa che non può essere consentita e che implica che ove i lavoratori siano correttamente retribuiti CMS non sarà in grado di sostenere le spese generali né, probabilmente, di conseguire un utile.

23. Va conclusivamente accolto anche il ricorso introduttivo del giudizio ed il primo ricorso per motivi aggiunti, dal che consegue la necessità di annullare il provvedimento del 17.02.2017 a firma del Dirigente Assistenza Appalti e Lavori dell'IREN S.p.A., che ha disposto l'aggiudicazione definitiva, in favore del "CMS Italia S.r.l.", della gara 9312/2016 per <<*Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia "Bruno Caccia" e la sede distaccata ex carcere "Le Nuove" – Torino.* Vanno inoltre annullati: la nota del 16.01.2017 della Direzione Tecnica dell'IREN s.p.a., relativa alla verifica positiva di anomalia dell'offerta dell'odierna aggiudicataria; l'attestazione della Direzione Personale Holding del 10.02.2017; tutti gli atti adottati dalla stazione appaltante successivamente alla trasmissione da parte della "CMS Italia s.r.l." della documentazione giustificativa della sua offerta.

24. In esecuzione della presente decisione IREN s.p.a. riaprirà il procedimento di verifica della congruità della offerta economica

presentata da CMS e lo concluderà tenendo conto di quanto rilevato in corso di causa dal verificatore relativamente al costo orario medio della manodopera indicato da CMS, provvedendo dipoi ad adottare i provvedimenti conseguenziali.

25. La domanda risarcitoria formulata da CN va allo stato respinta dal momento che in esito alla presente decisione ad essa viene restituita la *chance* di rendersi aggiudicataria del servizio, ragione per cui non esiste alla attualità un danno del quale essa possa chiedere di essere risarcita.

26. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così provvede:

- Accoglie il ricorso per motivi aggiunti depositato il ° agosto 2017 e per l'effetto annulla: a) il provvedimento prot. n. IR002877-2017-P del 13.07.2017, a firma del Direttore "Approvvigionamenti, Logistica e Servizi" dell'IREN S.p.A., ad oggetto: <<Comunicazione di avvenuta adozione del procedimento di annullamento in autotutela del bando di gara pubblicato sulla GUCE in data 22.10.2016, per l'Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia "Bruno Caccia" e la sede distaccata ex carcere "Le Nuove" – Torino>>; b) l'avviso pubblicitario di procedura competitiva, Tender 901/2017 del 17.07.2017, indetto da IREN S.p.A. per l'affidamento "per l'esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia "Bruno Caccia" e la

sede distaccata ex carcere “Le Nuove” – Torino – CIG 714056008>>; c) tutti gli atti di gara relativi all'anzidetto avviso pubblicitario posti in essere, eventualmente, prima che il Collegio ne disponesse la sospensione.

- Accoglie il ricorso introduttivo del giudizio ed il ricorso per motivi aggiunti depositato l'11 aprile 2017 e per l'effetto annulla: a) il provvedimento del 17.02.2017 a firma del Dirigente Assistenza Appalti e Lavori dell'IREN S.p.A., che ha disposto l'aggiudicazione definitiva, in favore del “CMS Italia S.r.l.”, della gara 9312/2016 per <<Esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti elettrici e termomeccanici presso il Palazzo di Giustizia “Bruno Caccia” e la sede distaccata ex carcere “Le Nuove” – Torino; b) la nota del 16.01.2017 della Direzione Tecnica dell'IREN s.p.a., relativa alla verifica positiva di anomalia dell'offerta dell'odierna aggiudicataria; c) l'attestazione della Direzione Personale Holding del 10.02.2017; d) tutti gli atti adottati dalla stazione appaltante successivamente alla trasmissione da parte della “CMS Italia s.r.l.” della documentazione giustificativa della sua offerta.

- Visto l'art. 34 comma 1 lett. e) dispone che IREN s.p.a., in esecuzione della presente decisione provveda come indicato al paragrafo 24 della motivazione.

- Condanna IREN s.p.a. e CMS s.r.l. al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio, le quali si liquidano in complessive Euro 5.000,00 (Euro quattromila) oltre accessori di legge, che pone a carico solidale delle parti resistenti.

- Pone definitivamente a carico solidale delle parti resistenti le spese di verifica, che si liquidano con separato provvedimento.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO