

Publicato il 29/05/2018

N. 00757/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00117/2018 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 117 del 2018, proposto da Geeco – Gestione Ecologia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Maria Teresa Grassi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio della seconda in Firenze, piazza Nazario Sauro 2;

contro

Unione Valdera – Unione dei Comuni, in persona del Presidente pro tempore, Comune di Pontedera, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Rondinelli 2;

nei confronti

AVR s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco

Vagnucci ed Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del terzo in Firenze, piazza Isidoro del Lungo 1;

Manutencoop Società Cooperativa di lavoro, non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa concessione di idonee misure cautelari,

della determinazione n. 352 del 20 dicembre 2017 di aggiudicazione al RTI formato da AVR S.p.a. e Manutencoop Soc. Coop. della gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana del Comune di Pontedera indetta dalla “Unione Valdera – Unione dei Comuni”, comunicata in data 21 dicembre 2017;

del verbale di apertura della busta amministrativa del 23 novembre 2017;

del verbale di apertura e valutazione delle offerte tecniche e di apertura e valutazione delle offerte economiche;

della valutazione di congruità dell'offerta del RTI AVR;

e, in via subordinata, del bando di gara e del disciplinare di gara in parte qua;

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione Valdera – Unione dei Comuni, del Comune di Pontedera e della controinteressata AVR s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2018 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Geeco s.r.l. ha partecipato, in raggruppamento con la cooperativa ATI, alla gara indetta dall'Unione dei Comuni Valdera per l'affidamento triennale del servizio di igiene urbana e spazzamento nel territorio comunale di Pontedera, per un importo a base d'asta di 2.037.484,13 oltre I.V.A..

La procedura, condotta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata aggiudicata all'unico altro concorrente, il raggruppamento formato da AVR s.p.a. e Manutencoop, la cui offerta ha superato la verifica di anomalia attraverso la presentazione di giustificativi che, ad avviso della ricorrente, consisterebbero in mere dichiarazioni non suffragate da alcun supporto probatorio.

Per l'annullamento dell'aggiudicazione agisce dunque Geeco, che affida le proprie doglianze a sei motivi in diritto.

1.1. Costituitisi l'Unione dei Comuni, il Comune di Pontedera e la controinteressata AVR s.p.a., nella camera di consiglio del 14 febbraio 2018 il difensore della ricorrente ha chiesto riunirsi al merito la trattazione della domanda cautelare contenuta nell'atto introduttivo del giudizio.

1.2. La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 28 marzo 2018, preceduta dal deposito di documenti, memorie difensive e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a..

2. Con il primo motivo di impugnazione, la società ricorrente afferma che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per violazione dell'art. 48 co. 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e dell'art. 5 del disciplinare di gara. Le controinteressate non avrebbero, infatti, specificamente indicato le parti di servizio che sarebbero state svolte da ciascuna di loro, limitandosi a indicare le sole percentuali di partecipazione al R.T.I. e di esecuzione.

Le amministrazioni resistenti e le controinteressate eccepiscono la tardività della censura, che – assumono – avrebbe dovuto essere fatta valere nei termini di cui all'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a. mediante impugnativa del provvedimento di ammissione delle controinteressate alla gara, pubblicato e comunicato ai concorrenti il 24 novembre 2017.

L'eccezione è fondata.

L'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a. stabilisce che l'altrui ammissione alla gara – disposta dalla stazione appaltante all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali – va impugnata nel termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione del relativo provvedimento, eseguita ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016. L'omessa tempestiva impugnazione dell'ammissione preclude la possibilità di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento.

La specificazione delle parti di servizio da eseguirsi ad opera di ciascuna delle imprese che partecipano in raggruppamento alla gara attiene, evidentemente, alla verifica dei requisiti di partecipazione delle imprese raggruppate (cfr. Cons. Stato, A.P., 13 giugno 2012, n. 22; id., 5 luglio 2012, n. 26), e trova riscontro nella documentazione amministrativa presentata a corredo della domanda di partecipazione.

Nella specie, la sua mancanza avrebbe pertanto potuto e dovuto essere denunciata mediante la tempestiva impugnazione del provvedimento di ammissione del R.T.I. AVR/Manutencoop alla gara, pubblicato sul profilo del committente della stazione appaltante il 24 novembre 2017 e comunicato in pari data alla ricorrente; o, al più tardi, entro trenta giorni decorrenti dal 5 dicembre 2017, data nella quale Geeco ha avuto accesso alla documentazione amministrativa delle controinteressate, mentre il ricorso risulta notificato soltanto il 19 gennaio 2018.

Si aggiunga che le controinteressate hanno dichiarato, ai fini della partecipazione alla gara, che ciascuna di esse avrebbe eseguito tutti i servizi previsti dal capitolato speciale di appalto, per le rispettive quote di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione pari al 60% per AVR e al 40% per Manutencoop. E, in presenza di un raggruppamento “orizzontale” (nel quale, cioè, le imprese riunite sono titolari delle medesime competenze e ciascuna esegue tutte le attività oggetto dell’appalto), l’indicazione percentuale della quota di riparto delle prestazioni tra le diverse imprese è idonea ad assolvere l’obbligo oggi sancito dall’art. 48 co. 4 del d.lgs. n. 50/2016, tenuto conto delle caratteristiche del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, A.P., nn. 22 e 26/2012, citt., relativamente all’analogha previsione di cui all’art. 37 co. 4 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163); con la conseguenza che il motivo è anche infondato nel merito.

3. Con il secondo motivo, Geeco deduce la violazione dell’art. 95 co. 10 del d.lgs. n. 50/2016, cit.. Il raggruppamento capeggiato da AVR s.p.a. avrebbe indicato nella propria offerta economica costi della manodopera pari a euro 1.056.407,43, importo che sarebbe poi stato modificato in sede di verifica dell’anomalia, portandolo a euro

1.075.617,84: una variazione inammissibile e che giustificherebbe di per sé l'esclusione dalla gara, perché ricadente su un elemento essenziale e intangibile dell'offerta.

Replica la controinteressata che non vi sarebbe stata alcuna modifica, ma un modesto scostamento dovuto al fatto che il modello di offerta economica fornito dalla stazione appaltante non consentiva di valorizzare la totalità delle prestazioni richieste. In ogni caso, anche ad avviso della stazione appaltante, la differenza evidenziata dalla ricorrente non inficerebbe la complessiva affidabilità dell'offerta vincitrice.

La censura è fondata nei limiti di seguito precisati.

Come si ricava dalla documentazione in atti, l'offerta economica presentata dal raggruppamento capeggiato da AVR s.p.a. assomma a un totale di euro 1.735.192,14, di cui euro 5.305,90 per oneri della sicurezza. Il costo complessivo della manodopera è indicato in euro 1.056.407,43, il ribasso offerto è calcolato nella misura del 15,10% sulla base d'asta.

Nei giustificativi presentati da AVR ai fini della verifica di anomalia dell'offerta, il costo della manodopera è invece indicato nel diverso importo di euro 1.075.617,84, con una variazione di euro 19.210,41 in aumento rispetto all'offerta. Non cambiano l'ammontare complessivo dell'offerta (euro 1.729.888,24, al netto degli oneri per la sicurezza) e il ribasso (15,10%).

L'invarianza dell'importo totale dell'offerta consente in prima battuta di escludere la più radicale ipotesi di illegittimità prospettata dalla ricorrente, quella cioè di una modificazione del prezzo finale offerto, che avrebbe rappresentato un'inammissibile violazione della *par*

condicio tra i concorrenti, oltre che della necessaria garanzia di affidabilità della proposta.

È noto, peraltro, che il giudizio sull'anomalia – pur postulando un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e ammettendo compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica – non permette al concorrente interessato di modificare radicalmente la composizione della propria offerta, al punto da alterarne l'equilibrio economico attraverso la diversa allocazione di rilevanti voci di costo. Se così fosse, le giustificazioni chieste all'impresa aggiudicataria, anziché servire a chiarire le ragioni della serietà dell'offerta economica, diverrebbero l'occasione per una libera rimodulazione di quest'ultima, per mezzo di una scomposizione e di una diversa ricomposizione delle sue voci di costo (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896).

Se così è, nella specie lo scostamento tra offerta economica e giustificativi presentati da AVR s.p.a., relativamente al costo della manodopera, costituisce un elemento che avrebbe potuto e dovuto essere vagliato e approfondito dal R.U.P. e dalla commissione di gara, investiti della verifica di anomalia. Di contro, esso è sfuggito all'esame della stazione appaltante, la quale non ne fa cenno nella relazione incorporata nel verbale n. 3, che raccoglie l'analisi dei giustificativi prodotti da AVR eseguita nelle sedute riservate del 13 e del 18 dicembre 2017.

L'omessa valutazione della discrepanza denunciata dalla ricorrente vizia di per sé la verifica di anomalia, e non può essere supplita dalle considerazioni svolte in giudizio dalle parti resistenti, non potendosi tollerare – avuto riguardo al contenuto tecnico-discrezionale

dell'attività rimessa alla stazione appaltante – integrazioni postume della motivazione mancante nel provvedimento impugnato.

4. Il terzo motivo investe l'offerta tecnica del raggruppamento AVR nella parte inerente il criterio di valutazione riservato alla “operatività in caso di eventi avversi o manifestazioni pubbliche di rilievo”. Nella propria relazione sul punto, le aggiudicatriche si sarebbero genericamente e indeterminatamente obbligate a svolgere “attività complementari utili e/o necessarie”, senza descrivere come avrebbero garantito l'operatività del servizio e subordinando il tutto alla condizione dell'impraticabilità e ad un'imprecisata valutazione di necessità. In questi termini, si tratterebbe di un'offerta condizionata o comunque indeterminata, che non avrebbe meritato il punto assegnatole per il criterio in questione (la decurtazione di un punto sarebbe sufficiente a retrocedere le controinteressate al secondo posto della graduatoria finale, stante la modestissima differenza di punteggio fra i due R.T.I. concorrenti).

Il motivo è infondato.

Fra gli elementi di valutazione delle offerte tecniche, il disciplinare di gara riserva l'attribuzione di un punto per la “*Operatività in caso di eventi avversi o manifestazioni pubbliche di rilievo (esplicitazione sintetica delle condizioni operative)*” (si veda il punto 5d) della relativa tabella).

Il raggruppamento controinteressato, nella relazione illustrativa dell'offerta, si è reso disponibile “*a impiegare i propri operatori e mezzi, qualora i servizi di appalto non fossero eseguibili per motivi non implicabili alla volontà del RTI (es. condizioni meteo eccezionali o ingenti manifestazioni pubbliche), nell'esecuzione di servizi complementari utili e/o necessari in caso di eventi avversi o manifestazioni pubbliche di rilievo. A titolo esemplificativo ma non esaustivo si esplicita che in caso di forti nevicate che rendano impraticabili i*

servizi di spazzamento, il RTI si renderà disponibile a impiegare il proprio personale per svolgere servizi di spargimento manuale di sale e prodotti antigelo in prossimità di edifici e scuole pubbliche. In caso di manifestazioni, invece personale e mezzi del RTI potranno essere impiegati su aree particolari che verranno indicate dalla Stazione Appaltante, per garantire massima pulizia prima, durante e dopo evento in oggetto’.

In questi termini, all’opposto di quanto sostenuto dalla società ricorrente, non è dubbio l’impegno del raggruppamento AVR/Manutencoop a mettere il proprio personale a disposizione anche nelle ipotesi di eventi avversi o grandi manifestazioni pubbliche. Ed è una messa a disposizione incondizionata, per l’esecuzione di attività di volta in volta stabiliti dall’amministrazione, che per un verso comporta l’impegno – su richiesta della stazione appaltante – a garantire il servizio, concentrandolo il servizio nelle aree interessate da manifestazioni pubbliche; mentre, per il caso degli eventi atmosferici di portata tale da impedire lo svolgimento del servizio, si traduce nell’offerta di attività complementari, ancora una volta da indicarsi dalla stazione appaltante e solo esemplificativamente indicate nell’offerta. *A contrario*, la garanzia della prestazione del servizio è da ritenersi implicita, ma inequivoca, per il caso delle condizioni meteorologiche difficili, ma non eccezionali.

Le controinteressate, in altre parole, hanno chiarito che avrebbero messo a disposizione il proprio personale anche nell’ipotesi, estrema, di condizioni meteorologiche emergenziali e, come tali, del tutto ostative allo svolgimento del servizio, oltre che per fronteggiare eventi particolari come grandi manifestazioni pubbliche. Una scelta non dissimile da quella della ricorrente Geeco, la quale ha garantito la

propria capacità di intervento in presenza degli eventi specificati dal disciplinare di gara, ovvero di eventi atmosferici particolari o allagamenti, mettendo a disposizione la propria intera struttura per modalità di intervento *“di volta in volta tarate, in accordo con la Committenza, sulle singole esigenze che dovessero emergere”*: anche per Geeco, come per AVR, la messa a disposizione di uomini e mezzi (l'intera struttura) è riferita allo svolgimento di attività non predeterminate, ma da determinarsi previo accordo con la stazione appaltante, il che è del tutto comprensibile, stante l'imprevedibilità delle situazioni concrete da fronteggiare.

Ne discende che l'attribuzione ad entrambi i raggruppamenti concorrenti del punto previsto per l'elemento di valutazione 5d) appare del tutto ragionevole sia in assoluto, alla luce delle prestazioni rispettivamente offerte, sia in senso comparativo, nel raffronto tra le due proposte.

5. Con il quarto motivo, la ricorrente lamenta che il raggruppamento AVR non avrebbe considerato, nell'indicare il costo per il personale, la maggiorazione spettante ai lavoratori impegnati nei giorni festivi, ai sensi della vigente contrattazione collettiva. Tale carenza avrebbe dovuto condurre ancora una volta all'esclusione dalla gara, rappresentando una violazione dei livelli minimi retributivi, sanzionata a norma dell'art. 97 co. 5 lett. d) del d.lgs. n. 50/2016.

La controinteressata e le amministrazioni resistenti confutano la censura richiamando l'art. 41 del C.C.N.L. Multiservizi, applicato da AVR ai propri dipendenti, che consente la gestione del personale addetto al servizio secondo un criterio turnario che permette di considerare come festivi anche giorni della settimana diversi dalla domenica. Quanto alle festività ricadenti in giorni feriali, o di

domenica, sarebbero in numero talmente esiguo da risultare trascurabile (le presunte maggiorazioni di costi per la manodopera sarebbero nell'ordine dei 5.000,00 euro annui).

Il motivo è fondato.

Come già osservato quanto allo scostamento tra offerta economica e giustificativi presentati da AVR, neppure l'elemento delle maggiorazioni stipendiali dovute ai lavoratori impegnati nel servizio durante i giorni festivi è stato approfondito dalla stazione appaltante in sede di verifica di anomalia. Sul punto, il giudizio di congruità espresso sull'offerta di AVR/Manutencoop soffre, pertanto, dei vizi dedotti sotto il profilo della carenza di istruttoria e del travisamento: vizi che, ancora una volta, non possono essere superati richiamando – per respingere il gravame – gli argomenti difensivi, pur non implausibili, utilizzati in giudizio dalle parti resistenti e mai vagliati nell'appropriata sede procedimentale.

6. L'accertata fondatezza delle censure articolate con il secondo e il quarto motivo comporta l'annullamento dell'aggiudicazione e, nei confronti della stazione appaltante, l'onere di procedere alla riedizione del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta prima classificata, alla luce dei rilievi operati dal collegio.

6.1. Sul piano processuale, può essere tralasciato l'esame del quinto e del sesto motivo di impugnazione, proposti in via dichiaratamente subordinata ai primi quattro.

6.2. Le ragioni dell'accoglimento precludono, allo stato, di dare corso alla domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente Geeco.

6.3. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo a carico delle parti resistenti, per ciascuna in uguale

misura (dovendosi intendere come unica parte processuale l'Unione dei Comuni e il Comune di Pontedera).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei limiti e per gli effetti di cui in parte motiva.

Condanna le parti resistenti alla rifusione delle spese processuali nella misura di euro 2.000,00, oltre agli accessori di legge, per ciascuna.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO