

Pubblicato il 04/04/2017

N. 00516/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01312/2016 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 1312 del 2016, proposto da:
Societa' Cooperativa Agricola Il Carro, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati
Riccardo Tagliaferri, Alberto Caretti e Niccolo' Esposito, con
domicilio eletto presso lo studio degli stessi in Firenze, via degli
Artisti 20;

contro

Comune di Livorno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato
e difeso dagli avvocati Lucia Macchia e Maria Teresa Zenti, con
domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze,
via Ricasoli 40;

nei confronti di

AVR S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco
Vagnucci, Adriana Amodeo ed Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio

eletto presso lo studio di quest'ultimo in Firenze, piazza Isidoro del Lungo 1;

per l'annullamento

del provvedimento del Dirigente del Settore Nuove Opere e Urbanizzazioni del Comune di Livorno prot. n. 5638 del 29.07.2016, comunicata alla ricorrente con nota dell'Ufficio Provveditorato prot. n. 88719 del 2.08.2016, recante aggiudicazione definitiva dell'appalto dei "Lavori di manutenzione sulle aree a verde del territorio comunale per la durata di 20 mesi", nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali e/o comunque connessi, se lesivi, fra cui il verbale recante proposta di aggiudicazione ad essa allegato, la predetta nota del 2.08.2016, tutti i verbali di gara, tutti gli atti afferenti alla verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla controinteressata, nonché, ove esistenti, gli atti con cui e' stata disposta la consegna dei lavori in via d'urgenza;

nonché ove occorrer possa, per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore tra il Comune di Livorno e il concorrente aggiudicatario, con conseguente subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto stesso;

ovvero, comunque, per la condanna dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento dei danni patiti e patienti dalla ricorrente e alle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Livorno e della controinteressata AVR S.p.a.;

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 8 febbraio 2017 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 cooperativa agricola Il Carro ha partecipato alla procedura indetta dal Comune di Livorno nell'aprile del 2016 per l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree a verde del territorio comunale, della durata di venti mesi. Essa, gestore uscente del servizio e classificatasi al secondo posto della graduatoria finale, impugna il provvedimento del 29 luglio 2016 in epigrafe, mediante il quale la gara è stata aggiudicata ad AVR S.p.a., titolare dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e, in particolare, del miglior punteggio per l'offerta economica).

Nella camera di consiglio del 26 ottobre 2016, a seguito della costituzione dell'amministrazione precedente e della controinteressata, il collegio ha respinto la domanda cautelare formulata dalla ricorrente in seno all'atto introduttivo del giudizio.

Nel merito, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza dell'8 febbraio 2017, preceduta dal deposito di documenti, memorie difensive e repliche.

2. La domanda di annullamento dell'aggiudicazione pronunciata con il provvedimento impugnato è affidata dalla società ricorrente a nove motivi in diritto.

2.1. Con il primo, è dedotta la violazione del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedeva che le offerte tecniche non eccedessero il

numero massimo di dieci pagine e di trenta righe per pagina, stabilendo che, in caso di mancato rispetto della prescrizione, non sarebbero state valutate le pagine eccedenti la decima, ovvero le righe eccedenti la trecentesima. La relazione progettuale allegata all'offerta della controinteressata, di contro, sarebbe stata composta di dodici pagine ed avrebbe altresì più volte superato il numero massimo di righe per pagina: la commissione aggiudicatrice, pertanto, avrebbe dovuto escludere dalla propria valutazione le ultime due pagine dell'offerta, relative agli elementi "D" ed "E", o quantomeno la maggior parte dei contenuti riferiti all'elemento "E", con le conseguenti ricadute in punto di ammissibilità dell'offerta e, comunque, di decurtazione del punteggio tecnico riconosciuto ad AVR.

Il motivo è infondato.

L'offerta tecnica della controinteressata AVR non viola il paragrafo B.1) del disciplinare di gara. Ai fini del superamento del numero massimo di pagine previsto dalla *lex specialis* non possono, infatti, computarsi la copertina e l'indice iniziali, che rivestono una funzione meramente accessoria di presentazione grafica del documento e sono prive di qualsivoglia contenuto suscettibile di valutazione, risultandone perfettamente rispettata la *ratio* della previsione di contenere in dieci pagine l'illustrazione degli elementi utili alla valutazione del progetto.

Quanto al numero delle righe, in risposta a una richiesta di chiarimenti, la stazione appaltante ha precisato in corso di gara che tabelle, schemi, diagrammi, fotografie, sarebbero stati conteggiati come spazio utilizzato, da comprendersi nel limite massimo di dieci pagine. In virtù del chiarimento, non censurato dalla ricorrente,

appare dunque corretta la scelta della commissione di gara di non considerare le (righe contenute nelle) tabelle inserite nell'offerta della controinteressata ai fini del conteggio del numero massimo di righe, fermo restando, come detto, il rispetto del numero massimo di pagine.

2.2. Con il secondo motivo, la cooperativa Il Carro lamenta che il Comune resistente non avrebbe minimamente accertato l'evidente e insanabile anomalia dell'offerta di AVR, relativamente al costo del lavoro.

L'aggiudicataria avrebbe indicato un numero di lavoratori (trentotto unità lavorative, di cui trenta operai divisi in squadre) nettamente superiore a quello indicato dagli altri concorrenti, nondimeno offrendo, rispetto a questi ultimi, un ribasso eccezionalmente superiore a fronte di un costo della manodopera palesemente incongruo. In sede di offerta economica, AVR avrebbe indicato un monte ore per il personale oltremodo inferiore a quanto risultante dal conteggio delle ore lavorate ricavabili dall'offerta tecnica, formulando di fatto un'offerta indeterminata in ragione della discrasia fra componente tecnica e componente economica, ed, in ogni caso, insostenibile.

Con il terzo motivo, la società ricorrente aggiunge che il costo della manodopera indicato dall'aggiudicataria nell'offerta economica risulterebbe incongruo anche se non al numero totale dei lavoratori indicati nell'offerta tecnica, ma ai soli lavoratori già impiegati nel servizio e da essa riassunti in ossequio alla clausola sociale di cui all'art. 16 del capitolato di gara.

Con il quarto motivo, si evidenzia che l'offerta economica della controinteressata, per come formulata, sarebbe in grado di coprire il

costo del lavoro per il solo 40% della durata dell'appalto, rimanendo scoperto il rimanente 60% della giornate lavorative preventivate.

Ne riuscirebbe rafforzata la tesi dell'illegittimità dell'aggiudicazione, ricavabile inoltre dalle modalità di conduzione della verifica di anomalia da parte del Comune di Livorno. Questo avrebbe chiesto ad AVR di fornire giustificazioni in ordine a specifici aspetti dell'offerta, trascurando del tutto la questione del costo della manodopera, che, invece, avrebbe meritato un ampio approfondimento alla luce delle vistose incongruenze manifestate dall'offerta vincitrice. Il difetto di istruttoria in cui il Comune sarebbe incorso è denunciato con il quinto motivo.

2.2.1. Le censure, connesse, saranno esaminate congiuntamente.

L'offerta tecnica presentata dalla controinteressata AVR prevede l'impiego di trentotto unità lavorative, di cui trenta operai suddivisi in sei squadre a presidio, tre squadre per interventi stagionali e una squadra di pronto intervento. Ciascuna squadra è composta da tre operai.

L'offerta tecnica non contiene indicazioni circa il monte ore del personale impiegato nel servizio, ma rinvia a un apposito cronoprogramma annuo, suddiviso per tipologia di attività (sfalcio e pulizia prati e aiuole; manutenzione cigli stradali; pulizia di rii e botri; manutenzione cespugli e siepi; raschiatura vialetti, piazzali, marciapiedi; spollonatura piante; potatura messa in sicurezza alberi; asportazione nidi processionaria; apertura e chiusura parchi; formazione, cura e manutenzione aiuole; fornitura e posa in opera elementi vegetali ed estirpazione ceppaie; manutenzione e installazione arredi e strutture ludiche; fornitura e posa in opera essenze arboree; lavori straordinari vari), con l'indicazione del

numero di interventi previsti durante l'anno, della relativa durata in giornate lavorative e delle squadre impegnate per ciascun intervento. Il raffronto tra offerta tecnica e cronoprogramma consente in prima battuta di escludere che l'offerta tecnica della controinteressata preveda il contemporaneo impiego dell'intera forza lavoro per l'intera durata dell'appalto. Al contrario, risulta chiara la previsione dell'impiego turnario dei lavoratori nelle diverse attività, secondo una scansione che non copre l'intero anno solare, ma presenta carattere di stagionalità e non prevede il simultaneo impiego di tutti gli addetti (conferma indiretta se ne trae anche dalla tabella, inserita nell'offerta tecnica, ove sono elencate le "tipologie prestazionali" con l'indicazione del numero di operatori annui per ciascuna).

Su questi dati si fonda, fra l'altro, la valutazione di merito espressa dalla commissione di gara, la quale ha valorizzato proprio l'attenzione riservata da AVR alla stagionalità delle lavorazioni e il livello organizzativo associato a ciascuna di esse in termini di tipologia di squadre e di operatori, concludendo per la elevata congruenza complessiva del modello di servizio proposto.

Il numero delle ore lavorative effettivamente occorrenti per l'espletamento del servizio è stato invece indicato da AVR nell'offerta economica, ed è coerente con le indicazioni ricavabili dall'offerta tecnica.

Il dato di 2635 ore annue/lavoratore, per un costo di complessivi euro 270.509,10, è riferito al personale stabilmente impiegato nel servizio (sei operai di secondo livello e sei operai di terzo), e corrisponde al numero di ore lavorative annue medie risultante dalle tabelle ministeriali (1581), parametrato ai venti mesi di durata del contratto. 396 ore annue/lavoratore corrispondono a loro volta alle

ore medie lavorate per tre mesi, e rappresentano un dato non incongruo in relazione agli operai (dodici, di secondo, terzo e quarto livello) addetti alle lavorazioni stagionali.

Ugualmente non incongrui appaiono i dati delle ore medie lavorate per il restante personale. Del resto, le censure della ricorrente, nella parte in cui investono il profilo dell'adeguatezza del numero di ore lavorative offerte dalla controinteressata rispetto alle necessità del servizio, risentono dell'equivoco di fondo circa l'esistenza della pretesa, ma insussistente, discrasia tra offerta tecnica ed economica, e delle caratteristiche dell'offerta dell'aggiudicataria, che, come detto, non comporta il contemporaneo impiego a tempo pieno di tutto il personale. L'erroneità della prospettazione è dimostrata dal fatto che, applicando il ragionamento proposto con il quarto motivo, neppure la ricorrente risulterebbe aver offerto un monte orario idoneo a coprire l'intero numero di giornate lavorative previste (47.520 ore annue divise per il numero di 8 ore lavorative giornaliere e, poi, per il numero di venti addetti, danno un valore di 297 giornate lavorative per unità. Dal risultato, diviso per 22 giornate lavorative mensili, si ottengono 13,5 mesi lavorati per unità, dato inferiore alla durata del contratto).

Il costo del lavoro è stato, dunque, correttamente parametrato dalla stazione appaltante al numero delle ore offerte, e, per questo aspetto, non vi è questione circa l'aderenza degli oneri esibiti da AVR rispetto alle tabelle ministeriali. Si noti, per inciso, che a fronte di un numero di ore superiore, l'offerta della ricorrente esibisce un costo del lavoro inferiore.

Né vale sostenere che il solo costo dei lavoratori trasferiti all'aggiudicataria in forza della clausola sociale contenuta nel

capitolato di gara sarebbe superiore a quanto indicato nell'offerta economica di AVR. L'art. 16 del capitolato non osta, infatti, all'utilizzo dei lavoratori provenienti dal gestore uscente anche in altre attività: diversamente, dovrebbe dubitarsi della stessa legittimità della clausola sociale (da ultimo, sul tema, cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231); di modo che quel costo – oltretutto contestato nel suo ammontare – non può e non deve essere integralmente imputato all'appalto in questione.

Di nuovo, poi, il gravame appare intrinsecamente contraddittorio, se si considera che il preteso costo effettivo dei diciotto lavoratori assunti da AVR, stimato dalla ricorrente in euro 897.153,39, è sì superiore al costo della manodopera esibito dall'aggiudicataria, ma anche a quello esibito dalla ricorrente medesima (euro 779.328,00).

Le considerazioni svolte, evidenziando la correttezza dell'operato del Comune alla luce degli elementi presenti nelle offerte tecniche ed economiche, consentono di escludere che il procedimento di verifica dell'anomalia necessitasse di approfondimenti istruttori in ordine ai costi della manodopera.

2.3. Con il sesto motivo di impugnazione, la ricorrente Il Carro – premesso che la stazione appaltante le avrebbe consentito un accesso solo parziale alla documentazione di gara – dubita che la controinteressata sia in possesso dei requisiti di moralità/affidabilità e di regolarità fiscale indispensabili ai fini della partecipazione alla procedura, e, ad ogni buon conto, insiste per l'acquisizione delle relative attestazioni.

La censura è da esaminarsi congiuntamente al nono motivo, connesso, mediante il quale la ricorrente contesta la sussistenza dei presupposti per la consegna in via d'urgenza del servizio alla

controinteressata, a partire dal mancato acquisto di efficacia dell'aggiudicazione.

L'art. 32 co. 7 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti. La verifica del possesso dei requisiti costituisce, dunque, condizione di efficacia, e non di legittimità, dell'aggiudicazione, da ciò derivando che la sua omissione non determina di per sé l'invalidità del provvedimento conclusivo della procedura di gara, né tantomeno del contratto eventualmente stipulato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2016, n. 4272; id., 25 febbraio 2016, n. 773). Sotto questo profilo, i motivi sono infondati e vanno respinti.

Il Comune di Livorno, peraltro, riferisce di aver chiesto all'Agenzia delle Entrate la certificazione attestante la regolarità fiscale della controinteressata, senza ricevere risposta, e di aver pertanto ritenuto applicabile il principio del silenzio-assenso.

La tesi non è condivisibile, giacché l'art. 20 della legge n. 241/1990 trova applicazione nei procedimenti per il rilascio di provvedimenti amministrativi, e non di certificazioni, qual è quella richiesta dall'art. 86 co. 2 lett. b) d.lgs. n. 50/2016. Per questo aspetto, il controllo sul possesso del requisito non può ritenersi eseguito e – riqualificata *in parte qua* la domanda come azione contro la parziale inerzia serbata dal Comune sulle verifiche a carico dell'aggiudicataria – dovrà essere ripetuto dalla stazione appaltante, la quale vi provvederà nel termine di venti giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, tenendone informata la ricorrente; e, nel caso di esito negativo, assumerà le determinazioni consequenziali (le iniziative del Comune successive all'esito del controllo, ove ritenute non soddisfacenti dall'odierna ricorrente, potranno a loro volta formare

oggetto di tutela giurisdizionale, se del caso nei termini dell'azione di ottemperanza).

Quanto alla consegna in via d'urgenza, le ragioni sostanziali addotte dal Comune appaiono riconducibili alle esigenze tutelate dall'art. 32 co. 8 d.lgs. n. 50/2016, atteso che il mancato immediato avvio del servizio avrebbe lasciato scoperta la manutenzione del verde.

2.4. Con il settimo motivo, in via subordinata la ricorrente lamenta che la commissione di gara avrebbe fornito una valutazione in termini esclusivamente numerici delle offerte concorrenti, scaturita dall'applicazione del metodo del confronto a coppie, senza in alcun modo motivare sulle ragioni sottostanti all'attribuzione dei punteggi.

Il motivo è infondato.

Nel verbale di gara, il cui contenuto è riportato in maniera incompleta dalla ricorrente, si attesta che "La commissione ha inoltre espresso un giudizio di sintesi che ha consentito di esprimere le preferenze" trasfuse nei punteggi assegnati ai fini del confronto a coppie: un inciso che, al contrario di quanto sostenuto dall'interessata, consentiva di desumere l'esistenza di un separato documento, il rinvio *per relationem* effettuato dalla commissione non potendo che riferirsi, ragionevolmente, a un'attività in qualche modo formalizzata.

Il giudizio di sintesi è effettivamente racchiuso nel documento prodotto *sub* 23 dal Comune di Livorno, che, a sua volta, presenta i contenuti formali e sostanziali del verbale di gara, con la descrizione delle modalità seguite per il confronto a coppie, l'esposizione dei giudizi verbali scaturiti dalla comparazione delle offerte in relazione a ciascuno dei criteri di valutazione, l'indicazione delle date delle sedute della commissione dal 27 maggio al 7 luglio 2016, coincidente,

quest'ultima, con la data dell'ultima seduta riservata per la valutazione delle offerte (e, perciò, coerente con il verbale che contiene il rinvio al giudizio di sintesi), le sottoscrizioni dei commissari.

La ricorrente afferma che detto documento sarebbe stato confezionato a posteriori al solo scopo di integrare la motivazione, mancante nel verbale di gara. Tuttavia, a fronte della fede privilegiata di cui i verbali di gara godono (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970), la contestazione avrebbe necessitato di essere accompagnata dalla proposizione della querela di falso sia nei confronti del rinvio al “giudizio di sintesi”, contenuto nel verbale di gara, sia nei confronti dello stesso documento 23 del Comune, parimenti munito della natura sostanziale di verbale.

2.5. Con l'ottavo motivo, è dedotta l'illegittima composizione della commissione aggiudicatrice nominata dal Comune di Livorno, composta da due architetti e una geometra, nessuno dei quali sarebbe in possesso di titolo di studio e competenze adeguati all'oggetto della procedura.

Neppure tale censura può essere condivisa.

È noto che, per giurisprudenza costante, la composizione della commissione giudicatrice deve essere tale da garantire che essa, nel suo insieme, disponga di un patrimonio di cognizioni tale da metterla in grado di affrontare la complessa attività valutativa richiesta. Allo stesso tempo, la qualifica di esperto, richiesta per poter fare parte della commissione, non presuppone il possesso di un titolo di studio corrispondente alla materia oggetto di valutazione, giacché la competenza tecnica occorrente può anche desumersi in via presuntiva dagli incarichi già svolti dal commissario e indicativi di

una esperienza tecnica acquisita nel corso della sua attività professionale (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 473; id., 10 giugno 2013, n. 3203).

Nella specie, il servizio oggetto dell'appalto – manutenzione ordinaria delle aree a verde – consiste nell'esecuzione di una serie di operazioni materiali non implicanti il possesso di particolari conoscenze tecnico-scientifiche sul piano agronomico. Correlativamente, la valutazione demandata alla commissione di gara ricade, alla luce dei criteri stabiliti dal disciplinare, sugli aspetti organizzativi (localizzazione, periodo temporale di svolgimento dei lavori, durata dei lavori stessi, numero e qualifica delle maestranze, mezzi utilizzati, dispositivi di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e dei terzi), sull'adeguatezza delle offerte al raggiungimento dei risultati voluti dalla stazione appaltante (mantenimento dell'altezza dell'erba intorno ai 10 – 12 cm), sul contenimento dei consumi energetici e sulla compatibilità ambientale dei mezzi impiegati e delle attività proposte, sulla capacità delle imprese concorrenti di perseguire obiettivi occupazionali di rilevanza sociale (assunzione di disoccupati, disabili, soggetti disagiati), sulla fornitura di prestazioni aggiuntive rispetto a quelle stabilite dal capitolato di gara. L'unica attività riservata dal capitolato ad agronomi, è quella di censimento delle alberature, non oggetto di scrutinio da parte della commissione.

Come si vede, in nessun caso si tratta di valutazioni che presuppongono una conoscenza o formazione specialistica, quanto la titolarità di competenze generali in tema di organizzazione, direzione ed esecuzione di lavori e servizi in ambito pubblico. Relativamente a tali competenze, possono considerarsi perfettamente

idonei – nell’ottica della reciproca complementarietà – i titoli di studio posseduti e le specifiche esperienze professionali maturate dai componenti della commissione (il presidente architetto Maurri, oltre ad essere laureato con una tesi proprio sul ruolo degli spazi verdi come matrice delle trasformazioni urbane, è dirigente del Settore Nuove Opera e Urbanizzazioni del Comune di Livorno, nonché Direttore e Coordinatore dei Dipartimenti Lavori Pubblici e Politiche del Territorio, e si è occupato come RUP, progettista e direttore dei lavori di una cospicua serie di interventi sul patrimonio urbanistico-edilizio comunale; il componente architetto Barsotti, già responsabile della progettazione e direzione operativa di interventi di ristrutturazione urbana, è stato addetto all’Ufficio progettazione verde del Comune ed in più occasioni ha rivestito l’analogo incarico di commissario di gara per l’appalto di manutenzione del verde; la componente Calzone, tecnico esperto nell’attività di progettazione, direzione e contabilità di lavori pubblici).

3. In forza delle considerazioni esposte, il ricorso non può trovare accoglimento in alcuna delle domande proposte, se non nei limiti della ripetizione (meglio: esecuzione) del controllo sul requisito della regolarità fiscale della controinteressata.

3.1. Le spese di lite seguono la soccombenza, del tutto prevalente, della cooperativa Il Carro.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge l’impugnazione e, con essa, le domande accessorie aventi ad oggetto la declaratoria di inefficacia del contratto e la condanna al risarcimento dei danni.

Riqualificata parzialmente l'azione proposta, ordina al Comune di Livorno di provvedere nei termini di cui in parte motiva alla verifica del requisito della regolarità fiscale della controinteressata.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti resistenti.

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

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

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Armando Pozzi

IL SEGRETARIO