

N. 00020/2011 REG.SEN.

N. 01073/2010 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1073 del 2010, proposto da:
La Nuova Assistenza Società cooperativa sociale - Onlus, in persona del Vice
Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.
Francesco Dal Piaz, con domicilio eletto presso Francesco Dal Piaz in Torino, via
S. Agostino, 12;

contro

Comune di Novara, in persona del Vice Sindaco pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avv. Carlo Emanuele Gallo, Giovanna Perone e Lorena Rovetta, con
domicilio eletto presso Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

nei confronti di

CE.SE.D. Centro Servizi Didattici Società cooperativa sociale - Onlus;

per l'annullamento

della determina n. 328 del 31.8.2010, a firma del Dirigente dei Servizi Sociali ed
Educativi di Novara;

di ogni atto presupposto, preordinato, connesso e/o consequenziale, ivi compresi:

verbali del procedimento di verifica dell'anomalia ed esclusione dell'offerta della ricorrente;

verbali del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della CE.SE.D. Soc. Coop. Sociale;

nota di trasmissione prot. n. 64172 del 2.9.2010 a firma del Dirigente dei Servizi Sociali ed Educativi di Novara;

nota prot. n. 58597 del 6.8.2010 a firma del RUP di Novara;

nota prot. n. 61808 del 23.8.2010 a firma del Dirigente dei Servizi Sociali ed Educativi di Novara;

nota prot. n. 64389 del 3.9.2010 a firma del Dirigente Unità Contratti e Appalti del Comune di Novara;

nota prot. 64647 del 3.9.2010 a firma del Dirigente Unità Contratti e Appalti del Comune di Novara;

nota inviata a mezzo posta elettronica in data 3.9.2010, a firma del Dirigente Unità Contratti e Appalti del Comune di Novara;

nota prot. n. 66406 del 13.9.2010 a firma del Dirigente Unità Contratti e Appalti del Comune di Novara;

nota prot. n. 66683 del 14.9.2010 a firma del Dirigente Unità Contratti e Appalti del Comune di Novara;

nota prot. n. 68584 del 22.9.2009 a firma del Dirigente Area Servizi alle Persone - Servizi Educativi del Comune di Novara,

nonché per l'annullamento e/o dichiarazione di inefficacia

del contratto di affidamento dell'appalto de quo, ove medio tempore stipulato,

nonché per la dichiarazione di subentro

della Società ricorrente nel contratto di affidamento dell'appalto de quo, ove medio tempore stipulato,

e per l'accertamento e la condanna al risarcimento

dei danni patiti e patienti dalla Società ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi – eventualmente in via equitativa – in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Novara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 2 agosto 2010, il Comune di Novara ha indetto una gara, a procedura aperta, per l'affidamento dei servizi di bidelleria e pulizia presso gli asili nido, per un periodo quinquennale.

L'appalto comprendeva anche interventi per la sostituzione del personale comunale assente dal servizio e per il sostegno educativo ai bambini portatori di handicap nonché il servizio di lavanderia, la fornitura di prodotti per la pulizia, di macchinari e attrezzature.

La legge di gara prevedeva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 80 punti per l'offerta tecnica e 20 punti per il prezzo.

2) Partecipavano alla gara solamente l'odierna ricorrente e la controinteressata CE.SE.D coop. sociale.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche, la Commissione giudicatrice attribuiva 68 punti alla ricorrente e 52,50 punti all'altra concorrente.

Per l'offerta economica, erano attribuiti 19,844 punti alla ricorrente e 20 punti alla CE.SE.D. L'appalto era quindi aggiudicato provvisoriamente alla cooperativa La Nuova Assistenza che aveva conseguito 87,844 punti complessivi, contro i 72,50 punti della controinteressata.

3) Con nota del 6 agosto 2010, il responsabile del procedimento comunicava l'aggiudicazione provvisoria all'odierna ricorrente e la invitava a presentare idonea documentazione a giustificazione dell'importo complessivo offerto in sede di gara; in particolare, le veniva chiesto di "presentare la documentazione inerente i costi stimati per le forniture di prodotti di pulizia, per il materiale vario ed altri oneri di gestione" nonché di "giustificare l'economicità dell'appalto in presenza di un utile d'impresa previsto per il quinquennio contrattuale pari a € 700,00".

La richiesta era riscontrata con nota del 18 agosto 2010.

Non ritenendo sufficienti gli elementi ivi allegati, il responsabile del procedimento, con nota del 23 agosto 2010, chiedeva che fosse fornita "tutta la documentazione per un esame analitico delle stime dei costi relativi soprattutto alle forniture di prodotti per le pulizie, al materiale vario e ad altri oneri di gestione previsti per l'intera durata contrattuale".

Con nota del 26 agosto 2010, la ricorrente riscontrava la nuova richiesta, trasmettendo una scheda contenente i costi previsti per le singole tipologie di prodotti.

Faceva seguito un incontro in contraddittorio in data 31 agosto 2010.

Infine, con determinazione del 31 agosto 2010, veniva disposta l'esclusione dell'offerta della ricorrente, per incongruità, e aggiudicato definitivamente l'appalto alla controinteressata: il provvedimento è motivato con riferimento alla particolare esiguità dei costi per i prodotti di pulizia, per l'igiene personale e il cambio dei bambini (circa 40.000 euro per il quinquennio), in rapporto ai "costi sostenuti nel

tempo dalla stazione appaltante per analoghi servizi” e ai “prezzi di acquisto medi di mercato per prodotti analoghi (Consip, ecc.)”.

4) La Nuova Assistenza presentava preavviso di ricorso, riscontrato negativamente dalla stazione appaltante con nota del 22 settembre 2010.

5) Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato, La Nuova Assistenza ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, deducendo motivi di gravame così rubricati:

I) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all’art. 79, comma 5, lett. b) e comma 5-quater, d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 53/2010.

II) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all’art. 2, d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi di trasparenza e pubblicità della procedura di gara; violazione del principio di verbalizzazione delle operazioni di gara. Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all’art. 88, d.lgs. n. 163/2006; omissione del procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse. Violazione di legge in riferimento all’art. 97 Cost.; violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, sviamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

III) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all’art. 88, d.lgs. n. 163/2006; violazione della competenza della Commissione in ordine al procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, sviamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

IV) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento alla Dir. 2004/18/CE. Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento agli artt. 86, 87 e 88, d.lgs. n. 163/2006. Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento alla L. 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere sotto il profilo

della violazione di legge, difetto di istruttoria, sviamento, illogicità, irragionevolezza, imparzialità e ingiustizia manifesta.

V) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all'art. 88, d.lgs. n. 163/2006. Violazione di legge e falsa applicazione con riferimento alla L. 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, sviamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

VI) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento agli artt. 86, 87, 88 e 89, d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza, illogicità, imparzialità e ingiustizia manifesta.

VII) Violazione di legge e/o erronea applicazione in riferimento agli artt. 86, 87, 88 e 89, d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza, illogicità, imparzialità e ingiustizia manifesta, e per quanto concerne l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della controinteressata:

VIII) Illegittimità derivata.

IX) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all'art. 2, d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi di trasparenza e pubblicità della procedura di gara; violazione del principio di verbalizzazione delle operazioni di gara. Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all'art. 88, d.lgs. n. 163/2006; omissione del procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse. Violazione di legge in riferimento all'art. 97 Cost.; violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, sviamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

X) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento all'art. 88, d.lgs. n. 163/2006; violazione della competenza della Commissione in ordine al

procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. Eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, sviamento, illogicità, imparzialità e ingiustizia manifesta.

XI) Violazione di legge e/o erronea applicazione con riferimento alla normativa sul lavoro ed ai minimi tabellari previsti dal C.C.N.L. 30 luglio 2008 per le "lavoratrici e i lavoratori delle cooperative del settore socio-sanitario-assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo – cooperative sociali".

La ricorrente chiede anche, in conclusione, che sia dichiarata l'inefficacia del contratto di affidamento dell'appalto, il subentro nel contratto medesimo e che l'intimata Amministrazione venga condannata al risarcimento dei danni provocati dai provvedimenti impugnati.

6) Si è costituito in giudizio il Comune di Novara, argomentando nel senso dell'infondatezza del ricorso e opponendosi al suo accoglimento.

Non si è costituita, seppure regolarmente intimata, la controinteressata CE.SE.D coop. sociale.

7) Con ordinanza n. 782 del 22 ottobre 2010, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente e fissata l'udienza per la discussione nel merito del ricorso.

8) La ricorrente ha ulteriormente articolato le proprie argomentazioni difensive con due memorie, rispettivamente depositate in data 16 novembre e 20 novembre 2010.

I contenuti della seconda memoria non possono essere presi in considerazione, atteso che lo scritto difensivo è stato depositato oltre il termine dei quindici giorni liberi precedenti l'udienza, previsto dagli artt. 73, comma 1, 119, comma 2 e 120, comma 3, cod. proc. amm.

La stessa non può, nonostante l'indicazione riportata nella sua epigrafe, essere qualificata come memoria di replica, mancando una memoria di controparte alla quale replicare.

9) Il ricorso è stato chiamato alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010 e ritenuto in decisione.

Il giorno successivo è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 86/2010.

DIRITTO

10) Con il primo motivo di ricorso, l'esponente denuncia la violazione dell'art. 79, comma 5-quater, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto le comunicazioni della stazione appaltante in ordine all'esclusione dalla gara e all'aggiudicazione definitiva sarebbero state prive delle prescritte indicazioni relative all'individuazione degli atti sottratti all'accesso ed all'ufficio presso il quale poteva esercitarsi tale diritto.

La richiamata disposizione normativa, peraltro, non trovava applicazione nella procedura di gara in esame, avendo la stessa ad oggetto, come espressamente indicato dal bando, servizi rientranti nella categorie di riferimento di cui all'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006.

La denunciata omissione, in ogni caso, avrebbe avuto consistenza di mera irregolarità, tale da non determinare alcuna lesione delle prerogative della ricorrente e da risultare inidonea, pertanto, a cagionare l'illegittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

11) Il vizio di illegittimità denunciato con il secondo motivo di ricorso deriverebbe dall'omessa verbalizzazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, mancanza che comporta, ad avviso della parte ricorrente, addirittura l'inesistenza del procedimento.

Nonostante la deducente non lo precisi, la censura deve intendersi riferita alla mancata verbalizzazione dell'audizione avvenuta il 31 agosto 2010,

trattandosi dell'unica fase del procedimento che non si svolge in forma scritta.

Tanto precisato, la censura appare destituita di fondamento in quanto, in difetto di un obbligo normativamente sancito di verbalizzazione delle operazioni, tale modalità costituisce una buona prassi amministrativa la cui omissione non è di per sé idonea a inficiare la legittimità degli atti del procedimento.

12) Con il terzo motivo di ricorso, l'esponente denuncia la violazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, in quanto il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non sarebbe stato svolto dalla Commissione di gara, cui tale competenza appartiene in via esclusiva, bensì direttamente dagli uffici dell'Amministrazione.

Va nuovamente rilevato, al riguardo, che la procedura di gara in contestazione attiene a servizi rientranti nei settori esclusi ex art. 20 e allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, nei quali l'aggiudicazione è disciplinata solamente dagli artt. 65, 68 e 225 del medesimo decreto.

Non rileva, pertanto, la violazione dell'ordine delle competenze fissato dal richiamato art. 88 né può ritenersi che la pretesa spoliatura dei compiti della Commissione di gara contrasti con alcuno dei principi che, ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006, trovano applicazione anche nei settori esclusi.

13) Con il quarto motivo di ricorso, l'esponente lamenta che la sua offerta sarebbe stata esclusa dalla gara "sulla base di alcuni precisi elementi rispetto ai quali non sono mai state richieste specifiche giustificazioni" ovvero i costi indicati per "prodotti per l'igiene personale" e "cambio dei bambini".

Il rilievo è infondato in fatto, anzi è pretestuoso, perché il procedimento di verifica dell'anomalia si è concentrato, fin da principio, sulla congruità dei costi stimati per

la fornitura di prodotti di pulizia, categoria nella quale, come reso palese dallo stesso prospetto dell'offerta economica, rientrano le specifiche voci relative all'igiene personale e al cambio dei bambini.

14) Le censure dedotte con il quinto motivo di ricorso sono tese a denunciare la pretesa carenza di motivazione del contestato giudizio di anomalia dell'offerta, avendo la stazione appaltante omesso di specificare i valori utilizzati quali parametri di riferimento e di considerare le giustificazioni presentate nel corso del procedimento.

Il motivo è fondato sotto entrambi i profili.

Quanto al primo aspetto, va preliminarmente rammentato che **la stazione appaltante, in sede di valutazione delle giustificazioni prodotte nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, è onerata a motivare in modo approfondito le proprie determinazioni laddove esse esprimano un giudizio negativo che fa venir meno l'aggiudicazione (cfr., ex plurimis, T.A.R. Piemonte, sez. II, 29 ottobre 2010, n. 3934).**

Il giudizio di anomalia di cui si controverte, consistente in una generica e indimostrata valutazione di insufficienza dei costi stimati per la fornitura di prodotti per la pulizia, non può considerarsi conforme al paradigma sopra delineato,.

I parametri assunti quale riferimento dalla valutazione comunale paiono, infatti, privi di consistenza: tanto la spesa storica sostenuta dall'Amministrazione precedente per l'acquisto di analoghi prodotti (elemento privo, d'altronde, di effettivo rilievo ai fini comparativi) quanto i "prezzi di acquisto medi di mercato ("Consip, ecc.)", sono fatti oggetto solo di uno sbrigativo richiamo non supportato da alcuna indicazione di valori reali che valga, almeno a titolo esemplificativo, a supportare l'impegnativo giudizio di insostenibilità economica dell'offerta.

Sotto il secondo profilo, va evidenziato come la ricorrente, in un primo momento, avesse giustificato i prezzi offerti in modo piuttosto generico, limitandosi a richiamare la “collaborazione con aziende locali, leader nella fornitura di prodotti e macchinari a prezzi altamente competitivi”.

A seguito della richiesta di maggiori chiarimenti, però, essa ha fornito alla stazione appaltante una scheda analitica nella quale, distintamente per aree di impiego, sono indicati tutti i prodotti di pulizia che saranno utilizzati nel servizio, le tipologie delle confezioni, le quantità previste, il valore economico del singolo prodotto e la spesa totale.

Nessuno dei valori contenuti in tale scheda è stato oggetto di confutazione da parte della stazione appaltante e tale omissione non può non riverberarsi sul provvedimento impugnato, rendendolo illegittimo sotto il profilo del difetto di motivazione.

E' vero che, come rileva la difesa comunale, la giustificazione delle offerte non può consistere nella semplice analisi dei prezzi, dovendo invece costituire un'elaborazione concettuale riferita alle singole voci di spesa, ma tale considerazione è estranea ai contenuti del provvedimento impugnato (il quale si limita, invece, a denegare la congruità dei costi stimati dalla concorrente) e non vale, quindi, a far venir meno il vizio che lo inficia.

Rimane da accennare, per completezza, alla questione dei preventivi.

La ricorrente ha prodotto agli atti del giudizio tre preventivi di spesa per la fornitura di materiali di pulizia, tutti recanti una data antecedente la presentazione dell'offerta, e afferma che gli stessi erano stati presentati alla stazione appaltante nel corso dell'audizione svoltasi il 31 agosto 2010, ma non sono stati presi in considerazione dall'Amministrazione; la difesa comunale nega la circostanza e sostiene che tali documenti sono stati prodotti per la prima volta in sede giudiziale.

L'omessa verbalizzazione dell'audizione (che, di per sé, non rileva come vizio di legittimità del provvedimento conclusivo, come già affermato sub 11) rende impossibile accertare la veridicità dell'allegazione di parte ricorrente, anche se appare scarsamente verosimile che la stessa, disponendo dei preventivi in questione, non abbia ritenuto di presentarli nel corso dell'audizione.

La produzione giudiziale dei preventivi vale, pertanto, a costituire un principio di prova delle circostanze allegate dalla parte ricorrente ed a rendere, quindi, più salda la diagnosi di superficialità della verifica di anomalia; il contenuto di tali documenti, in ogni caso, avvalorava ex post la congruità delle previsioni di spesa sottese all'offerta economica.

15) Sono parimenti fondati il sesto e il settimo motivo di ricorso, con cui l'esponente evidenzia "l'irrilevanza delle voci sottoposte a verifica rispetto all'oggetto dell'appalto".

La giurisprudenza ha chiarito che, nella verifica di anomalia delle offerte, l'amministrazione è tenuta a considerarne l'affidabilità complessiva e non limitarsi ad aspetti risultanti da singole voci che, in ipotesi, si discostino dai valori medi di mercato (cfr., ex plurimis, T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 novembre 2009, n. 2553).

Lo scopo della verifica di anomalia, infatti, è quello di accertare la sostanziale remuneratività dell'offerta, cioè la sua serietà e congruità complessiva, cosicché la stessa non può essere influenzata in modo decisivo dalla constatazione di singole voci, in ipotesi anomale, ma incapaci, per la scarsa consistenza percentuale sul peso complessivo dell'appalto, di incidere sull'affidabilità dell'offerta nel suo insieme.

È quanto si è verificato nella fattispecie in esame, ove la fornitura di prodotti di pulizia costituisce una prestazione secondaria nell'economia dell'appalto ed ha un peso marginale rispetto al suo importo, pari a poco più dell'1%.

Ne consegue la diagnosi di illegittimità del giudizio di anomalia esclusivamente fondato sulla ritenuta incongruità di una voce di spesa del tutto secondaria.

Né vale argomentare (come fa l'Amministrazione resistente, sia con il provvedimento impugnato sia con gli scritti difensivi) nel senso di una particolare valenza della prestazione de qua che, data la delicatezza del servizio, porterebbe a trascendere il mero dato economico, trattandosi di giustificazione che potrebbe essere confezionata per ogni voce di spesa e che, nel caso di specie, non trova corrispondenza nelle previsioni della legge di gara la quale non prevedeva neppure l'attribuzione di uno specifico punteggio per la qualità dei prodotti di pulizia impiegati nel servizio.

La difesa comunale, infine, nell'intento di dimostrare l'inaffidabilità dell'offerta della ricorrente, si sofferma sul margine particolarmente esiguo di utile ivi previsto, ma tale elemento, pur messo in luce in sede di avvio del procedimento di verifica, non viene in alcun modo considerato nel provvedimento conclusivo e, comunque, appare coerente con la natura giuridica della ricorrente medesima, tale da escludere il perseguimento di finalità lucrative.

16) L'accoglimento dei motivi di ricorso esaminati sub 14) e sub 15) comporta l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente e di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata.

Non vi è luogo, pertanto, ad esaminare gli ulteriori motivi di ricorso, riferiti a pretesi vizi di legittimità propri dell'aggiudicazione definitiva.

17) Non vi è parimenti luogo a provvedere sulle domande di inefficacia e di subentro nel contratto, non risultando che, nelle more del giudizio, esso sia stato stipulato.

18) Quanto alla domanda di risarcimento dei danni, essa va respinta in quanto l'interesse azionato in giudizio da parte ricorrente trova integrale soddisfazione

attraverso la pronuncia demolitoria dell'esito della gara e la conseguente riaggiudicazione che dovrà essere disposta dall'Amministrazione.

19) Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere alla ricorrente le spese del grado di giudizio che liquida forfetariamente nell'importo complessivo di euro tremila oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)