



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 385 del 2007, proposto da:
Soc. Cooperativa Sistema Museo a r.l., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ranalli,
con domicilio eletto presso Simone Nocentini in Firenze, via dei
Rondinelli 2;

contro

Comune di Firenze, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dagli avv. Debora Pacini, Andrea Sansoni, con domicilio eletto
presso Andrea Sansoni in Firenze, c/o Ufficio Legale Comunale;

nei confronti di

R.T.I. tra Rear Soc. Coop. e Co.Pa.T. Soc. Coop., in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo
Farnetani, Mauro Milan, Marina Rozzio, con domicilio eletto presso
Riccardo Farnetani in Firenze, via de' Conti 3;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Consorzio Leonardo Servizi, rappresentato e difeso dall'avv. Daniela Breschi, con domicilio eletto presso Elena Iozzelli in Firenze, via Benedetto Varchi 14;

per l'annullamento, previa sospensione,

del provvedimento dirigenziale del Comune di Firenze, prot. n. 2007/9 dell'8 gennaio 2007, con cui l'Amministrazione comunale ha escluso l'offerta della società cooperativa Sistema Museo e contestualmente ha affidato "il servizio di integrazione del personale di sorveglianza, assistenza al pubblico e gestione di cassa nei Musei Comunali dal 15 gennaio al 31 agosto 2007", con facoltà di rinnovo ex art. 57, comma 5 lett. b) del D. Lgs. n. 163/2006, al RTI Reat Soc. Coop. e Co.Pa.T. Soc. Coop., comunicata con nota del Comune di Firenze prot. PG003-96/07 datata 10 gennaio 2007, spedita in data 15 gennaio 2007;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, inclusi:

- il verbale di esame e valutazione delle offerte per l'aggiudicazione "del servizio di integrazione del personale di sorveglianza, assistenza al pubblico e gestione del servizio di cassa nei musei comunale dal 15 novembre 2006 al 30 giugno 2007", prot. n. PG003-3303/06, nella parte in cui ha escluso l'offerta della ricorrente ed affidato il servizio in questione al RTI controinteressato, conosciuto in data 13 febbraio 2007, successivamente alla comunicazione di cui al paragrafo sub 1;

- della nota del Comune di Firenze prot. n. PG/0003-96/07 datata 10 gennaio 2007, spedita in data 15 gennaio 2007;
- del contratto relativo all'appalto in questione (se esistente) stipulato tra il Comune di Firenze e il RTI Rear-Co.pa.t.

nonché per la condanna

del Comune di Firenze al risarcimento dei danni tutti *patiti e patienti* dalla società ricorrente in conseguenza degli illegittimi provvedimenti sopra citati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Firenze e di R.T.I. tra Rear Soc. Coop. e Co.Pa.T. Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2011 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Firenze, con bando di gara in data 4 settembre 2006, indiceva una procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio del massimo ribasso, del “servizio di integrazione del personale di sorveglianza, assistenza al pubblico e gestione del servizio cassa nei musei comunali”.

L'importo a base d'asta veniva fissato in € 499.900, stabilendo altresì

l'applicazione della procedura di verifica delle offerte anormalmente basse ai sensi degli artt. 86 e segg. del d.lgs. n. 163/2006.

Dopo l'esame dei documenti di ammissione delle otto ditte partecipanti, nella seduta successiva del 13 novembre 2006 venivano aperte le buste recanti le offerte economiche.

In base alla graduatoria formulata sulla base di dette offerte l'odierna ricorrente si collocava al terzo posto.

Il Comune di Firenze, attraverso il responsabile del procedimento, ossia senza la costituzione di una commissione provvedeva alla verifica di anomalia delle offerte economiche presentate dalle prime 4 ditte classificate. Dopo l'esclusione delle prime due imprese, in data 4 novembre 2006 l'amministrazione richiedeva alla ricorrente chiarimenti circa la formazione del prezzo offerto rispetto ai costi orari medi indicati nelle tabelle di cui al d.m. 16 giugno 2005 e circa l'indicazione della maggiorazione contrattuale per i costi derivanti da lavoro festivo. I medesimi chiarimenti venivano richiesti anche al raggruppamento temporaneo di imprese tra la coop. REAR e la coop. Co.Pa.T. la cui offerta si discostava da quella della ricorrente per soli € 585,73.

All'esito del procedimento di valutazione dei chiarimenti forniti da entrambe le concorrenti l'amministrazione riteneva le giustificazioni della società ricorrente non ammissibili in relazione a quanto stabilito dall'art. 87 del d.lgs. n. 163/2006, escludendo così la ricorrente dalla procedura. Contestualmente il RTI controinteressato veniva dichiarato aggiudicatario del contratto.

Contro tale atto ricorre la società in intestazione chiedendone l'annullamento, previa sospensione, con vittoria di spese e deducendo i motivi che seguono:

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006, in combinato disposto con l'art. 3 della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del bando di gara. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, correttezza in materia di procedure ad evidenza pubblica. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria. Eccesso di potere per contraddittorietà illogicità manifeste. Disparità di trattamento.

2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163/2006, in combinato disposto con l'art. 11 del d.p.r. 601/1973, art. 1 della legge n. 327/2000, artt. 2512, 2513 e 2514 del codice civile. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 4, 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142. Violazione dell'art. 2 del d.m. 16 giugno 2005. Violazione dell'art. 11 del bando di gara e dell'art. 12 del capitolato speciale d'appalto. Eccesso di potere per illogicità, irrazionalità e contraddittorietà manifeste. Travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e di motivazione.

3. Eccesso di potere per illogicità e irrazionalità manifesta. Contraddittorietà dell'azione amministrativa. Disparità di trattamento. Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata opponendosi all'accoglimento del gravame.

Si costituiva in giudizio anche il Consorzio Leonardo Servizi

dispiegando un intervento *ad opponendum*.

Con ordinanza n. 359 depositata il 20 aprile 2007 veniva respinta la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato. Alla pubblica udienza del 3 marzo 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame viene impugnato l'atto in epigrafe con cui il Comune di Firenze ha escluso l'offerta della società ricorrente e contestualmente ha affidato "*il servizio di integrazione del personale di sorveglianza, assistenza al pubblico e gestione di cassa nei Musei Comunali*" al raggruppamento temporaneo di imprese REAR Soc. Coop. e Co.Pa.T. Soc. Coop.

Il ricorso non è suscettibile di accoglimento e, pertanto, può prescindersi dall'esame delle eccezioni di inammissibilità dell'intervento adesivo *ad opponendum*, non senza rilevare, peraltro, che il ricorso autonomamente proposto dal Consorzio Leonardo Servizi è stato respinto da questo Tribunale con la sentenza n. 3050, depositata il 27 novembre 2008.

Passando alla disamina del merito delle questioni, non può condividersi l'assunto di cui al primo motivo secondo cui la verifica di anomalia avrebbe dovuto essere condotta dalla commissione di gara e non dalla stazione appaltante, per il tramite del funzionario responsabile del procedimento.

Invero, l'art. 88 prevede che "*La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la*

presentazione, per iscritto, delle giustificazioni?”, soggiungendo, al comma 1 bis, che “*La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte...*”.

Osserva il Collegio che, con l'inserimento nell'art. 88 del Codice dei contratti pubblici di un nuovo comma 1 bis, il legislatore è intervenuto per fornire chiarezza in merito all'esame delle offerte ritenute anormalmente basse, attribuendo tale facoltà alla stazione appaltante, la quale può istituire e servirsi, ma solo ove lo ritenga opportuno, una commissione per esaminare le giustificazioni prodotte dagli offerenti. Dalla lettura di tale norma chiarificatrice (“*ove lo ritenga opportuno*”), può essere desunto che l'istituzione della commissione è comunque facoltativa.

Le ragioni della nomina di un'apposita Commissione per la verifica dell'anomalia dell'offerta possono risiedere in mere ragioni di opportunità, che non richiedono diffuse esternazioni verbali, come suggerisce la citata disposizione, con ciò rimettendo alla lata discrezionalità dell'Amministrazione la possibilità di esperire tale strumento, a prescindere dalla presenza o meno di qualificati esperti anche nella Commissione ordinaria di gara (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 21 ottobre 2010, n. 20634; T.R.G.A. Trentino Alto Adige Bolzano, 21 aprile 2009, n. 146).

La ricorrente lamenta, altresì, che non sia stata espletata una approfondita e adeguata istruttoria e che il provvedimento conclusivo di esclusione della propria offerta non sia supportato da una adeguata

motivazione.

La tesi non è persuasiva.

Come noto, la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto. Tale principio, già affermato dalla giurisprudenza nel vigore della l. n. 109 del 1994, risulta ora codificato dall'art. 88 comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 (nella formulazione introdotta dall'art. 4 quater, comma 1, lett. d) punto 1, del d.l. n. 78/2009) secondo cui “*All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile...*” (Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Giova inoltre ricordare che, per pacifica giurisprudenza, il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o affette da errori di fatto (T.A.R. Lazio, sez. I, 4 novembre 2009, n. 10828; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 2 luglio 2010, n. 16568).

Premesse tali considerazioni, non può essere attribuito rilievo alla circostanza che, secondo la deducente, il Comune non avrebbe tenuto conto del fatto che la società ricorrente è una cooperativa a mutualità

prevalente che, conseguentemente, usufruisce di agevolazioni fiscali e che la medesima impiega, in prevalenza, soci lavoratori.

Quanto al primo aspetto, l'amministrazione comunale ha adeguatamente posto in evidenza che l'articolo 11 del d.p.r. 601/1973 che disciplina le agevolazioni fiscali di cui possono godere le società cooperative di produzione e lavoro trova applicazione solo nel caso in cui *"l'ammontare delle retribuzioni effettivamente corrisposte ai soci che prestano la loro opera con carattere di continuità... non è inferiore al 50% dell'ammontare complessivo di tutti gli altri costi tranne quelli relativi a materie prime sussidiarie"*.

Ne discende che il beneficio fiscale è attribuibile alla società cooperativa solo previa verifica delle condizioni stabilite dalla norma sopra citata, essendo evidente che tale valutazione può essere compiuta solo a consuntivo dell'esercizio economico e, quindi, tale profilo di vantaggio non poteva essere preso in considerazione in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Altrettanto dicasi con riferimento all'impiego dei soci lavoratori della ricorrente, atteso che essa era tenuta ad assumere i lavoratori già impegnati nel servizio di cui trattasi e perciò non poteva avere certezze in ordine al fatto che detti lavoratori accettassero di diventarne soci.

Infine, giova evidenziare che la ricorrente, in sede di giustificazioni, ha ammesso di non aver considerato, ai fini dell'offerta, il maggior costo del lavoro nei giorni festivi e pertanto non può ritenersi, come prospettato il contrario dalla medesima, che esso integri criterio di

valutazione inammissibilmente introdotto successivamente all'apertura delle offerte, tenuto conto che l'apertura festiva delle strutture museali costituisce un aspetto implicito e non irrilevante del servizio in questione.

Con il secondo motivo la società ricorrente si duole che l'amministrazione abbia considerato non congrua la sua offerta in relazione al costo orario del personale che, invece, rispetterebbe ampiamente il costo medio stabilito dal d.m. 16 giugno 2005.

L'affermazione non trova riscontro negli atti di causa.

Nello scrutinio dell'offerta presentata dalle concorrenti la stazione appaltante ha dovuto tener conto, così come stabilito dall'articolo 12 del capitolato speciale, non solo delle condizioni contrattuali normative e retributive risultanti dai contratti collettivi nazionali di lavoro delle imprese di pulizie/multiservizio, ma anche degli accordi integrativi territoriali sottoscritti dalle aggregazioni imprenditoriali e dei lavoratori maggiormente rappresentative. Ne consegue che al predetto fine era necessario comparare l'offerta presentata dalla ricorrente con le tabelle risultanti dagli accordi integrativi territoriali stipulati per la regione Toscana, in vigore nella provincia di Firenze, dalle quali risulta che per un impiegato di quarto livello viene fissato un costo orario di € 16,13 a fronte del costo proposto dalla ricorrente di € 15,74.; per il secondo livello, a fronte del costo indicato dalla ricorrente di € 13,99, si riscontra un costo tabellare di € 14,67.

Deve concludersene che l'apprezzamento eseguito dall'amministrazione appare immune dalle censure avanzate.

Il terzo motivo muove al provvedimento avverso rilievi critici sotto il profilo della contraddittorietà ed illogicità del giudizio di anomalia formulato dall'amministrazione, oltre che della disparità di trattamento, atteso che è stata considerata congrua offerta della controinteressata che ha proposto un prezzo di soli € 585 superiore a quello della ricorrente.

La tesi non è persuasiva.

Come già rilevato in precedenza, l'art. 88 comma 7 del Codice dei contratti, nello stabilire che, all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante dichiara l'eventuale esclusione dell'offerta che risulta, "nel suo complesso", inaffidabile, va inteso nel senso che la valutazione dell'Amministrazione deve verificare l'affidabilità globale dell'offerta e l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo, solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, pertanto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante.

Tuttavia, come si è visto esaminando il secondo motivo di censura, l'Amministrazione ha dato esaurientemente conto degli aspetti che, con riferimento alle singole componenti dell'offerta, rendevano quella proposta dalla ricorrente non attendibile o comunque riferita a costi non comprimibili perché assoggettati a minimi legali inderogabili (il costo del lavoro).

Per quanto riguarda il giudizio positivo espresso sull'offerta della

controinteressata, è noto che nel procedimento di verifica della anomalia della offerta, la stazione appaltante ha l'obbligo di motivare in maniera approfondita solo in caso in cui esprima un giudizio negativo che fa venire meno la aggiudicazione non richiedendosi, invece, che la motivazione sia particolarmente analitica e puntuale nel caso di esito positivo della verifica di anomalia che confermi la già disposta aggiudicazione, potendo in tale caso trovare sostegno *per relationem* nelle stesse giustificazioni presentate dal concorrente (Cons. Stato sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7266).

In tale ottica, lo scrutinio condotto dalla stazione appaltante non resta circoscritto ad una prospettiva atomistica e parcellizzata delle singole componenti dell'offerta, ma investe quest'ultima, in quanto riguardata nel suo complesso, onde accertare che il ribasso praticato non si attesti al di là del ragionevole limite segnato dalle leggi di mercato e tale giudizio non può essere sindacato dal giudice se non per i noti profili dell'incoerenza, irragionevolezza e travisamento dei fatti che, nella fattispecie, non appaiono sussistere.

Per le considerazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere rigettato.

La ricorrente ha proposto anche una domanda di risarcimento del danno asseritamente subito per effetto dei provvedimenti impugnati.

Osserva il Collegio che la risarcibilità degli interessi legittimi lesi dall'attività provvedimento della pubblica amministrazione richiede il preliminare accertamento che la censurata attività della medesima si configuri illegale, in termini di illegittimità o di illiceità. In altre parole,

l'atto amministrativo dal quale si pretende sia scaturito il danno deve pur sempre risultare illegittimo in quanto manifestazione di attività antiggiuridica posta in violazione di norme di legge, anche sotto il profilo dell'inosservanza dei canoni di trasparenza ed imparzialità (Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435; id. 11 dicembre 2007, n. 6346).

Questa valutazione dell'attività come antiggiuridica si pone nell'ambito della fattispecie di illecito come condizione per il sorgere del risarcimento: ossia, l'evento è ingiusto quando risulti contrastare con la situazione giuridicamente tutelata, in base ad un giudizio prognostico da condurre con riferimento alla normativa positiva di settore, secondo i suoi effetti tipici (Cass. civ., SS.UU., 28 dicembre 2007 n. 27169).

L'assenza di tale preliminare profilo, obliterato nella fattispecie dalla dichiarazione di infondatezza della domanda di annullamento del provvedimento avverso, esclude in radice che possa darsi ingresso ad ulteriori approfondimenti concernenti la quantificazione del pregiudizio subito, il nesso di causalità e la colpa dell'Amministrazione.

In conclusione, anche tale domanda deve essere respinta.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza come da liquidazione fattane in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano forfetariamente in € 3.000,00, oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2011

IL SEGRETARIO

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