

N. 00336/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01301/2009 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1301 del 2009, proposto da:
CAMPIDANO AMBIENTE Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Rosanna Patta e Sergio Segneri, con domicilio eletto presso Sergio
Segneri in Cagliari, via Sonnino N.84;

contro

COMUNE DI QUARTUCCIU in Persona del Sindaco P.T. -Settore
Lavori Pubblici Manutenzione Ambiente - Commissione Gara-,
rappresentato e difeso dall'avv. Renata Marredda, con domicilio
eletto presso Renata Marredda in Cagliari, via Dante N.186;

nei confronti di

Costituenda ATI DERICHEBOURG SAN GERMANO SRL -
COOPLAT (COOPERATIVA AUSILIARI TRAFFICO LAT), non
costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della procedura di aggiudicazione relativa alla GARA di APPALTO per l' AGGIUDICAZIONE dei SERVIZI DI IGIENE URBANA 2009-2014, ed in particolare:

-del provvedimento/nota del Comune di Quartucciu prot. 19801 del 21 ottobre 2009, avente ad oggetto “Procedura Aperta Servizi di Igiene Urbana 2009-1014 <Comunicazione esclusione> Ditta Campidano Ambiente s.r.l. e nuova convocazione seduta pubblica di gara attribuzione punteggi offerte economiche”;

- della Determinazione n.1352 del 27 ottobre 2009 con la quale l'appalto in oggetto è stato aggiudicato in via definitiva alla “Costituenda A.T.I. Derichebourg San Germano s.r.l.–COOPLAT”, odierna controinteressata;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, ivi compresi gli atti e i verbali della Commissione di gara della citata “Procedura Aperta Servizi di Igiene Urbana 2009-1014” ed in specie:

*verbale n. 10 del 5 ottobre 2009, con il quale la Commissione di gara ha stabilito che non fossero esaustive le precisazioni formulate da Campidano Ambiente in ottemperanza al relativo invito rivoltole con nota prot. 15744 del 7 settembre 2009 e di convocare la medesima Ditta per il giorno 19 ottobre 2009 per ulteriori chiarimenti;

*verbale n. 11 del 19 ottobre 2009 con il quale la Commissione di gara dà atto che “le prescrizioni fornite dalla Ditta Campidano

Ambiente non sono da ritenersi meri chiarimenti rispetto alla proposta/offerta in sede di gara, ma costituiscono degli <elementi innovativi> tali da non poter essere accolti in questa sede, per la par condicio dei concorrenti” e “stabilisce l’esclusione della Ditta Campidano Ambiente s.r.l., giacché, per quanto su esposto, <non vi è corrispondenza> tra l’offerta tecnica e l’offerta economica e conseguentemente procede alla ridefinizione della graduatoria relativa ai punteggi assegnati per le offerte tecniche”;

*verbale n. 12 del 26 ottobre 2009 relativo alla redazione della nuova graduatoria definitiva ed alla aggiudicazione della procedura di gara alla Costituenda A.T.I. Derichebourg San Germano s.r.l. – COOPLAT.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Quartucciu in Persona del Sindaco P.T.;

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 9 febbraio 2011 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori Segneri e Maredda;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 14 maggio 2009, il Comune di Quartucciu ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di igiene urbana per il periodo 2009 – 2014 (cfr. art. 2 del capitolato speciale d'appalto) da esperirsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. 163 del 2006.

Il corrispettivo a base d'asta era fissato nell'importo di € 5.843.472,95 per i servizi di igiene urbana, oltre I.V.A. di legge 10% e di € 643.283,00 per i servizi di manutenzione del verde, oltre I.V.A. di legge 20%, per cinque anni (importo annuo € 1.212.384,11 per i servizi di igiene urbana, di cui € 43.689,52 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, ed € 130.000,00 per i servizi di manutenzione del verde, di cui € 1.243,40 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso). Alla gara, oltre all'odierna ricorrente Campidano Ambiente s.r.l., partecipavano le seguenti altre Ditte:

A.S.A. Azienda Speciale Ambiente s.r.l.;

Costituenda Derichebourg San Germano s.r.l.–Cooplat;

CO.S.I.R. a.r.l.;

Costituenda A.T.I. G.E.S.A.R. – Loi Aldo.

La Campidano Ambiente s.r.l., attuale ricorrente, a seguito dell'attribuzione dei relativi punteggi risultava la prima classificata nella graduatoria finale provvisoria, poiché aveva presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nella seduta del 4 settembre 2009, nella quale si procedeva all'esame degli allegati all'offerta economica e al raffronto degli stessi con

L'offerta tecnica, la Commissione, preso atto di una serie di incongruenze, dettagliatamente elencate nel verbale n. 8, stabiliva di richiedere le giustificazioni alla citata offerente, risultata prima classificata.

Poiché le giustificazioni fornite dalla Campidano Ambiente con nota del 16 settembre 2009, non apparivano esaustive rispetto alle evidenziate discordanze, la Commissione, in data 5 ottobre 2009, stabiliva di convocare l'offerente, nella persona del suo legale rappresentante.

In pari data, la Commissione procedeva all'esame della seconda classificata, attuale controinteressata, e giudicava non anomala l'offerta da essa presentata.

Al termine della seduta del 19 ottobre 2009, la Commissione, ritenuto che le precisazioni illustrate in sede di audizione del legale rappresentante della Campidano Ambiente s.r.l., non potessero essere configurate come mere giustificazioni, poiché innovative rispetto alla proposta/offerta – e inammissibili, in quanto tali, a causa delle ricadute pregiudizievoli sulla par condicio dei concorrenti - stabiliva l'esclusione della Campidano Ambiente s.r.l., per “mancata corrispondenza tra l'offerta tecnica e l'offerta economica”, e stabiliva, altresì, la ridefinizione della graduatoria relativa ai punteggi assegnati per le offerte tecniche.

L'aggiudicazione definitiva interveniva in data 27 ottobre 2009 con Determinazione n.1352 (adottata sulla base del verbale di

approvazione della graduatoria del 26 ottobre 2009), in favore della “Costituenda A.T.I. Derichebourg San Germano s.r.l.-COOPLAT”.

La ricorrente impugnava i provvedimenti indicati in epigrafe deducendo le seguenti articolate censure:

- violazione e/o falsa applicazione degli artt. 87 e 88 del d.lgs. 163 del 2006, erroneità dei presupposti – carenza e contraddittorietà della motivazione – eccesso di potere per sviamento e illogicità manifesta.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si costituiva il Comune di Quartucciu chiedendo il rigetto del ricorso.

Con atto depositato in data 26 maggio 2010, la ricorrente formulava istanza di prelievo deducendo che in occasione della proposizione del ricorso introduttivo non aveva ritenuto necessario invocare la tutela cautelare poiché la procedura di gara era stata sospesa a causa della pendenza di altro ricorso c/ la medesima procedura di diverso concorrente (ric. N. 723/2009 Cosir, conclusosi con sentenza n. 1232 del 20.5.2010).

Deduceva, inoltre, che essendosi quel ricorso definito con sentenza di rigetto n. 1232/2010, la richiesta di prelievo risultava essere l'unico efficace strumento in grado di ottenere in tempi brevi la decisione del ricorso in esame.

In data 21 gennaio 2011, l'Amministrazione depositava memoria difensiva contestando puntualmente le argomentazioni del

ricorrente.

In data 29 gennaio 2011, la Campidano Ambiente s.r.l. depositava memoria di replica.

All'udienza pubblica del 9 febbraio 2011 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

La Campidano Ambiente s.r.l., odierna ricorrente, ha partecipato alla selezione –appalto di servizi- (offerta economicamente più vantaggiosa) e si è aggiudicata la prima posizione nella graduatoria finale provvisoria, come risulta dal verbale n. 7 del 4 settembre 2009, con un punteggio complessivo di 91,67 punti (di cui 66,67 punti per l'offerta tecnica e 25 punti per l'offerta economica).

Seconda graduata la controinteressata costituenda A.T.I. Derichebourg San Germano s.r.l.–Cooplat con punti complessivi 89,32 (68,27+21,05).

Nella seduta successiva svoltasi nella medesima giornata, a seguito dell'esame degli allegati all'offerta economica e del successivo confronto di questi con l'offerta tecnica, la Commissione ha però riscontrato delle “incongruenze” (tra offerta tecnica ed offerta economica), dettagliatamente descritte in 19 distinti punti (v. doc. n. 43: verbale n. 8 della Commissione del 4.9.09 e allegato al doc. n. 45: richiesta di giustificazioni da parte del Comune in data 7.9.2009; il tutto del fascicolo di parte ricorrente).

In particolare la Commissione rilevava la “verosimile mancanza dai costi indicati nel computo, per l’ammontare di circa € 49.000, oltre i costi da sostenere per l’implementazione dei servizi e dei servizi aggiuntivi” di cui ai punti contestati n. 18 e n. 19 (cfr. conclusione della “richiesta di chiarimenti” già citata del 7.9.09).

La Commissione ha quindi formulato richiesta -alla ditta offerente- delle giustificazioni, così come previsto dagli artt. 87 e 88 del d.lgs. 163/2006.

**

Preliminarmente, va esaminata la questione -invocata dal Comune- sulla applicabilità o meno, al procedimento di gara oggetto della presente controversia, del comma 5° dell’art. 86 del d.lgs.163/2006, il quale (ante sua abrogazione) prevedeva l’obbligo sin dal momento iniziale (cioè congiuntamente all’offerta) di presentazione di “giustificazioni” (art. 87), ai fini della valutazione dell’anomalia.

“ Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in

contraddittorio.”

La norma è stata però abrogata con il decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78 conv. in L. 3 agosto 2009, n. 102 (l'abrogazione della disposizione è stata determinata dalla necessità per il legislatore nazionale di adeguare la normativa interna a quella dell'Unione europea).

Gli effetti determinati dall'abrogazione di tale norma, intervenuta in una fase interinale del procedimento di gara e comunque –lo si evidenzia- in epoca sia anteriore alla scadenza del bando (20.7.2009, termine per la presentazione delle offerte), sia anteriore all'attività della Commissione (iniziata con il verbale n. 1 del 28.7.09) debbono considerarsi rilevanti anche ai fini del presente procedimento di gara. Fatto salvo il caso dell'atto già perfezionatosi -per il quale sarà applicabile la regola del *tempus regit actum*-, vige il principio dell'applicabilità dello “*jus superveniens*” nel procedimento in corso.

In sostanza, nella gara in esame:

* il termine per la presentazione delle offerte (20 luglio 2007) fissato dal bando di gara si colloca in un momento di piena vigenza della norma sopravvenuta del correttivo al Codice appalti.

*le fasi dell'apertura delle buste e di valutazione dei punteggi sono avvenute nel corso del luglio del 2009 (in un momento, cioè, successivo all'entrata in vigore della nuova disposizione, con effetti abrogativi della norma previgente).

Ciò significa che le offerte (presentabili fino al 20.7.09) non dovevano già essere corredate, al momento della loro presentazione,

delle giustificazioni (in precedenza) richieste dalla legge.

Del resto nessuna norma del bando si poneva in contrasto con lo “jus superveniens” .

Anzi a pag. 21 del Disciplinare (al punto n. 14 sub “esame offerta economica”) la lex specialis afferma testualmente che:

“la Commissione può procedere alla richiesta di precisazioni e giustificazioni, con le procedure di cui agli artt. 86-87-88 del D. Dlgs. 163/2006 e ss.mm.ii”.

Dal bando quindi non emerge alcun effetto preclusivo per il caso di omessa presentazione di giustificazioni unitamente all’offerta.

Del resto la “ratio” della norma previgente e la sua interpretazione era comunque quella di ritenere tale disposizione avente natura meramente acceleratoria e non anche escludente (in giurisprudenza è stato ritenuto che la sua omissione non comporterebbe comunque l’esclusione dalla procedura comparativa, vedasi in particolare Tar Piemonte, Torino, Sez. I, 15 gennaio 2010, n. 226):

“Si deve ritenere che le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva a quella di verifica dell’anomalia e se ed in quanto l’offerta ne risulti sospetta, in quanto siffatta previsione, comportante l’obbligo di presentazione delle giustificazioni unitamente alle offerte, ha come unico scopo quello di accelerare il procedimento e consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale

dell'insieme delle offerte. La prescrizione in analisi, dunque, impone alle imprese un onere di collaborazione, in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale”

In definitiva -in ordine a questo specifico punto-, anche qualora si potesse ipotizzare come applicabile la norma previgente al caso in esame -perché ancora efficace al momento della predisposizione delle regole di gara da parte della stazione appaltante (14.5.09)-, comunque ciò non avrebbe una ricaduta in fase di “valutazione” delle offerte, considerato che non è rinvenibile (nel bando) alcun effetto preclusivo o sanzionatorio, considerato che la prescrizione non è stata autonomamente inserita nella lex specialis.

E in ogni caso –anche secondo la norma previgente- permaneva in capo alla stazione appaltante la facoltà di integrare la richiesta di giustificazioni –se insufficienti- e ciò costituiva specifico obbligo al fine di pronunciare l'esclusione del concorrente.

Per quanto concerne il <contenuto> delle contestazioni e delle relative giustificazioni si evidenzia che:

*il procedimento di valutazione dell'anomalia è principalmente rivolto al controllo della serietà dell'offerta già cristallizzata al momento della sua presentazione (ritenuta, pertanto, immutabile ex post);

*il sub procedimento volto alla verifica dell'anomalia ha lo scopo di realizzare e consentire una valutazione “complessiva” dell'offerta e

della sua “globale affidabilità” -da parte della stazione appaltante-;
*in occasione della “verifica dell’anomalia”, qualora però si addivenga, attraverso il sistema delle giustificazioni, alla formulazione di una “nuova offerta”, ciò implicherebbe una lesione della “par condicio” fra i partecipanti ed una vanificazione delle regole dell’evidenza pubblica;

*sono, in sostanza, inaccettabili quelle “precisazioni” che lungi dall’essere tese a giustificare la serietà dell’offerta, vogliono, piuttosto, “rielaborare” la ripartizione dei costi in funzione dell’“aggiustamento” (in itinere) di un’offerta risultata poco attendibile.

A parere del Collegio, il punto dirimente della presente controversia deve essere incentrato sul riscontro della portata più o meno innovativa dei “chiarimenti” forniti dall’impresa Campidano Ambiente s.r.l., sia in occasione delle giustificazioni scritte, sia in occasione dell’audizione in Commissione del legale rappresentante.

In particolare, dal raffronto delle richieste di chiarimenti con le giustificazioni illustrate per iscritto e con quelle fornite in occasione dell’audizione, emerge con chiarezza una forte contraddittorietà da parte dell’impresa, la quale si giustifica:

*in alcuni casi con la rilevazione/riconoscimento di “errori materiali”;

*in altri mediante il ricorso ad un aggiustamento “ex post” del costo contestato (ad esempio sostenendo l’esistenza di forniture ricevute da terzi in modo gratuito);

*rielaborando i dati relativi al personale (in particolare numero e qualifiche).

Essenziale, in particolare, è la mancata corrispondenza tra quanto dichiarato nell'offerta tecnica" rispetto a quanto indicato nell'offerta economica" (specie per il personale).

Le giustificazioni fornite dall'impresa nella fase del contraddittorio risultano essere (complessivamente) un tentativo di vera e propria "rielaborazione" della complessiva distribuzione dei costi contenuti nell'offerta originaria.

In estrema sintesi rispetto ai 19 punti inizialmente contestati dal Comune in sede di primo esame (così come contenuti nella prima nota del 7.9.2009) l'Amministrazione ravvisava:

-IDONEE le giustificazioni LIMITATAMENTE AD 8 PUNTI: in particolare trattasi dei punti (inizialmente individuati sub nn. 1-9-10;12-11-13-15-17 del verbale n. 8 del 4.9.09) "giustificati" dall'impresa con i correlati punti 1-5-6-7-8-9-11 (della propria nota del 16.9.09 protocollata dal Comune il 17.9.09);

- NON IDONEE le giustificazioni RIFERITE AGLI ORIGINARI PUNTI nn. 2.3.4.7; 5-6-14; 8; 16; 18; 19.

In riferimento ai profili (ritenuti dal Comune) NON "giustificati" assumono rilevanza gli aspetti evidenziati nella nota dell'impresa del 16.17.9.09 (articolata in 13 punti, in risposta ai 19 del Comune).

In particolare trattasi di:

punto 2: errore materiale computo metrico;

punto 3 : attrezzature non ammortizzate in quanto messe a disposizione dal socio Genesu;

punto 4: numero cassoni non coerenti con il capitolato e fra offerta e computo (richiesti 10 da 30mc.; offerta 15; computo metrico: 8 da 30 mc. e 5 da 20 mc.);

punto 10 : costo del personale - tabelle FISE (il personale indicato nell'offerta tecnica non è corrispondente né a quello indicato nell'offerta economica, né a quello specificato nelle precisazioni);

punto 12: “servizi implementativi”: 20 alberi -1000 piantine ornamentali - omessi costi per la progettazione dello studio di risparmio energetico;

punto 13 omessa indicazione di costi per la redazione della “Carta servizi” - omessa autonoma indicazione costi “cancellazione scritte”. (cfr. nota impresa del 16.9.09).

Assume particolare rilevanza sia intermini quantitativi che qualitativi la questione inerente il “personale”.

Nella “Relazione particolareggiata con Piano generale complessivo e di dettaglio dell'organizzazione dei vari servizi” (doc. 20) risulta (a pag. 9) nella Tabella di riepilogo del personale necessario (per tutti i servizi compreso il verde pubblico) “17 unità lavorative” (5 liv. 2°; 4 liv. 2B; 3 liv. 3°; 2 liv. 3B; 3 liv. 2D).

Nel quadro economico invece (per euro 644.256) il personale coinvolto è:

*per “secco” 6 unità al 50% (4 liv. 2B; 1 liv. 3B; 1 liv. 3A) –da Tab.

2.2-;

*per “umido” 6 unità al 50% (4 liv. 2B; 1 liv. 3B; 1 liv. 3A) –da Tab.

2.2-;

*per “secco valorizzabile” 6 unità al 50% (4 liv. 2B; 1 liv. 3B; 1 liv. 3A) –da Tab. 2.2-;

* per spazzamento 5 unità intere (4 liv. 2B; 1 liv. 3B) da Tab. 2.2-;

*per servizi accessori: 2 unità intere (1 liv. 2B; 1 liv. 2A);

*per manutenzione verde urbano: 3 unità intere (contratto floro-vivaistico).

Per un totale di personale di 16 (+ 3 contratti floro-viv.), così raggruppati:

11 unità per liv. 2B ;

2,5 unità per liv. 3B;

1,5 unità per liv. 3A;

1 unità per liv. 2°;

3 contratti floro-viv.

L'indicazione del personale non coincide (16+3 contro i 17 indicati), il che rende l'offerta formulata incerta e contraddittoria.

Inoltre rilevano anche ulteriori dati (ancorchè meno rilevanti in termini di incidenza) pur sempre non coincidenti con le richieste compiute dalla stazione appaltante, quali:

*l'impresa sostiene di vantare una fornitura gratuita di “fioriture stagionali” da parte dell'Ente Foreste, non tenendo conto che il materiale che verrebbe fornito (piantine della “flora forestale sarda”)

non è quello specificamente richiesto dalla stazione appaltante, consistente in una fornitura di n. 1.000 “fioriture stagionali” (oggettivamente diverse per tipologia); la ricorrente non distingue tra piantine stagionali e piantine forestali (le prime sono fioriture tipiche per la loro durata stagionale, mentre le altre sono solitamente piante con arbusto, non rientranti, quindi, nella fornitura specificamente richiesta dalla relazione illustrativa inerente l’ “implementazione dei servizi” d’appalto);

*non risultano, inoltre, giustificati gli omessi costi relativi ai servizi di “implementazione” (valutazione della stabilità di 20 alberi – progetto studio per il risparmio energetico sull’illuminazione pubblica – fioriture stagionali) e “aggiuntivi” (predisposizione carta dei servizi – ecoteca – 5 interventi di cancellazione scritte murali edifici pubblici (costi di gestione e materiale di consumo).

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento di euro 3.000 in favore del Comune.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio
2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2011

IL SEGRETARIO

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