N. 00297/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00641/2010 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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 641 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Marco Polo S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Elisa Cacciato Insilla, con domicilio eletto presso Alessandro Tudor Avv. in Trieste, Galleria Protti 1;

contro

Consorzio Per L'Area di Ricerca Scientifica e Tecnologica di Trieste, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Trieste, piazza Dalmazia 3;

nei confronti di

Omnia Servitia Srl, Modus Fm Spa; Elettrica Gover Snc di Gover Luciano & C., M.E.Co.In. Metalmeccanica Edilizia Costruzioni Industriali Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Elvio Mengotti, Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso Gianni Zgagliardich in Trieste, via Filzi 8;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

-del provvedimento di esclusione della Marco Polo spa dalla procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di servizio di conduzione, gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici, dei mezzi di spegnimento incendi, degli impianti di sicurezza e del sistema di automazione centralizzato, per la durata di cinque anni, indetta dal Consorzio per l'Area di ricerca scientifica e tecnologica di Trieste e comunicato con lettera racc. A/r prot. n. 3SE/124/10/6238 in data 7.11.2010; nonchè della realazione allegata del responsabile del procedimento;

-del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della Marco Polo spa e segnatamente della richiesta delle giustificazioni inoltrata in data 20 settembre 2010 con lettera prot. n. SET/F01/5109;

-dell'art. 6 del capitolato d'oneri, sez. I, regolamento di gara nella parte in cui demanda al Responsabile del procedimento la verifica dell'anomalia dell'offerta;

-di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi ai provvedimenti impugnati;

-del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e/o definitiva se nelle more intervenuto;

-per il risarcimento in forma specifica attraverso l'aggiudicazione della gara alla Marco Polo, in subordine, attraverso la riammissione della stessa alla gara e la rivalutazione della propria offerta;

-in subordine per il risarcimento per equivalente del danno derivante dalla perdita di chance di aggiudicazione;

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 4.5.2011:

-del verbale di gara n. 320 relativo alla seduta pubblica del 31 marzo 2011 nella quale l'Autorità procedente ha dichiarato l'esclusione per accertata anomalia dell'offerta della Marco Polo spa ed ha dichiarato l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'ATI costituenda Elettrica Gover S.n.c. di Gover Luciano & C, in persona del legale rappresentante p.t., (mandataria) con M.E.CO.IN. S.r.l., in

persona del legale rappresentante p.t. (mandante) dalla gara di appalto per l'affidamento del servizio di conduzione, gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici, dei mezzi di spegnimento incendi, degli impianti di sicurezza e del sistema di automazione centralizzato, per la durata di cinque anni, indetta dal Consorzio per l'Area di ricerca scientifica e tecnologica di Trieste;

- della suddetta aggiudicazione provvisoria di cui al verbale del 31 marzo 2011;
- della disposizione del Direttore Generale del 7 aprile 2011 n. 112 con la quale sono stati approvati gli atti di gara ed é stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara di appalto sopra indicata a favore dell'ATI costituenda Elettrica Gover S.n.c. di Gover Luciano & C, in persona del legale rappresentante p.t., in qualita di mandataria, con l'impresa M.E.CO.IN. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in qualita di mandante ;
- della nota prot. n. 3SE/124/10/2196 del 7 aprile 2011 con la quale il Consorzio per l'Area di ricerca scientifica e tecnologica di Trieste, ha comunicato la suddetta aggiudicazione definitiva, nonchè l'aggiudicazione provvisoria e l'esito della seduta di gara del 31 marzo 2011 ;
- per quanto necessario del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'Ati aggiudicataria, e della relativa relazione;;
- del contratto di appalto qualora stipulato nelle more del presente giudizio;
- di ogni altro atto e/o documento antecedente e/o conseguente direttamente e/o indirettamente presupposto e/o connesso con gli atti impugnati.

Per il risarcimento in forma specifica

-attraverso l'aggiudicazione della gara alla Marco Polo Spa o, in subordine, attraverso la riammissione della stessa in gara e la rivalutazione della propria offerta;

In subordine per il risarcimento per equivalente

-del danno derivante dalla perdita di chance di aggiudicazione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Per L'Area di Ricerca Scientifica e Tecnologica di Trieste e di Elettrica Gover Snc di Gover Luciano & C. e di M.E.Co.In. Metalmeccanica Edilizia Costruzioni Industriali Srl;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Consorzio per l'Area di ricerca Scientifica e Tecnologica di Trieste, ha indetto una procedura aperta, ai sensi degli artt. 3 e 55 del d.lgs. n. 163/2006 per l'affidamento del servizio di conduzione, gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici, dei mezzi di spegnimento incendi, degli impianti di sicurezza e del sistema di automazione centralizzato. La durata prevista per I'appalto è di cinque anni; il criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso.
L'importo presunto complessivo posto a base di gara è di € 3.361.000,00 cui vanno aggiunti € 12.200,00 quali oneri per la sicurezza stimati dalla Stazione appaltante.
In data 1 giugno 2010 si è svolta la prima ed unica seduta pubblica di gara la cui graduatoria provvisoria ha visto il Consorzio Nazionale Cooperative di produzione e lavoro "Ciro Menotti" al primo posto della graduatoria provvisoria e la ricorrente Marco polo S.p.A., che ha offerto un prezzo complessivo di euro 2.310.049,00 più euro 12.200,00 quali oneri per la sicurezza al secondo posto.
La soglia di anomalia è stata individuata nel 25,29%

In esito al sub procedimento di verifica dell'anomalia la prima classificata è stata esclusa per offerta non congrua e la Marco Polo Spa è stata invitata a fornire le giustificazioni dell'offerta, secondo l' allegato E al bando di gara.

Il RUP, con lettera del 20 settembre 2 010, non ritenendo esaustive le giustificazioni fornite, richiedeva ulteriori chiarimenti ed integrazioni attinenti, in particolare, il costo del lavoro ed altri aspetti. di natura tecnica, che la ricorrente ritiene estranei alla verifica dei prezzi offerti.

Tra I'altro, veniva richiesto di giustificare il costo del lavoro in base agli aumenti previsti dalla contrattazione collettiva intervenuti nel giugno 2010 e cioè dopo il termine di presentazione dell'offerta.

In particolare veniva chiesto:

1. di indicare gli oneri derivanti dalle sostituzioni del personale assente, il tasso di assenteismo alla Marco Polo, nonché le modalità di retribuzione prevista per far fronte agli aumenti contrattuali del costo del lavoro intervenuti nel giugno 2010.

2. di indicare gli oneri derivanti dalla reperibilità della squadra di emergenza e gli oneri per la reperibilità prevista al punto g.2 del "Capitolato d'oneri", nonostante la Marco Polo, nelle proprie giustificazioni avesse calcolato al punto 8.2 tali oneri con riferimento a n. 2 impiegati e, inoltre, per il restante personale, avesse precisato che la retribuzione era stata calcolata con riferimento a personale impiegato in turni h24, senza che quindi fosse applicabile una ulteriore maggiorazione per la reperibilità. Inoltre è stata richiesta, per le voci di cui sopra (punto g.2 del capitolato) la quantificazione specifica degli oneri relativi ai costi dei mezzi e delle "spese generali per l'organizzazione del servizio quali automezzi spese telefoniche,etc.".

3. di indicare come fossero state calcolate le ore (n.156) per gli interventi da eseguirsi nei giorni di sabato/domenica e festivi di cui al punto C.5.1 del Capitolato d'oneri; nonché le ore per le manutenzioni programmate di sabato,

domenica e festivi, di cui al punto C.5.16 del capitolato, che "ad avviso dell'Amministrazione" apparivano sottostimate.

4. di indicare separatamente nell'ambito dei costi amministrativi, i costi per la gestione del personale, corredati da elementi di supporto, quali offerte, analisi, etc. ritenute calcolate" sommariamente."

Inoltre è stato richiesto di documentare analiticamente, con i preventivi, i costi da sostenere per le spese di traffico telefonico fisso e mobile.

5. di indicare e quantificare nel dettaglio i costi relativi all'acquisto di DPI e i costi per I'integrazione della formazione in materia di sicurezza dei lavoratori, allegando i preventivi di offerta da parte dei fornitori, e di giustificare i costi per la valutazione dei rischi sul lavoro per le attività lavorative degli addetti che intervengono presso gli impianti dell'ente e i relativi rischi specifici per tutte le lavorazioni previste contrattualmente e i costi per le visite mediche del personale.

6. di produrre l'elenco analitico delle attrezzature e delle apparecchiature necessarie per lo svolgimento del servizio e di fornire un chiarimento analitico sui costi per tenere a disposizione la

strumentazione certificata (termometri, manometri, igrometri, anemometri) e, infine, si è richiesto un chiarimento "sulle modalità di svolgimento" delle manutenzioni ordinarie previste dal Capitolato d'oneri alle voci "Impianti di illuminazione esterna" e "impianti di illuminazione interna e illuminazione di emergenza".

8. di fornire un computo metrico estimativo dei materiali, corredato dai preventivi, con la descrizione di ogni singola voce di costo e la quantità dei materiali e ricambi previsti al punto h1 del capitolato d'oneri.

9. di produrre i preventivi dell' impresa che eseguirà le analisi chimico-fisiche che evidenziassero puntualmente la corrispondenza delle verifiche da effettuare, sia per numero che per tipologia.

10. di chiarire le modalità con cui l'impresa intendesse effettuare i servizi e le forniture per la manutenzione ordinaria ed in particolare per i punti X1, X2 e X3 dell'allegato 1; sono stati chiesti dati quali: le modalità di svolgimento del servizio, la descrizione delle attività fornite, dichiarazione di subappalto, documentazione dei corsi effettuati per la specializzazione del personale etc. anziché chiarimenti sui prezzi offerti.

Con nota del 27 settembre 2010 la Marco Polo Spa ha inviato una relazione dettagliata per riscontrare le richieste del RUP e, in particolare, con riferimento al costo del personale, ha adeguato la somma originariamente prevista agli aumenti di cui alla contrattazione collettiva, effettuando per tale motivo una rimodulazione della voce di costo.

Il RUP, tuttavia, non ritenendo esaustivi i chiarimenti forniti convocava la Marco Polo Spa ad audizione, che si svolgeva in data 19 ottobre 2010, sempre con esiti non satisfattivi.

Seguiva la comunicazione di esclusione della ricorrente, in quanto l'offerta non risultava congrua secondo le valutazioni del Responsabile del procedimento.

Il ricorso deduce i seguenti motivi:

1) VIOLAZIONE DELL'ART. 87 COMMA I DEL D.LGS. N. 163/2006-VIOLAZIONE DEI CRITERI DI VERIFICA DELL'ANOMALIA NEGLI APPALTI DA AGGIUDICARSI AL PREZZO PIU' BASSO-VIOLAZIONEDELL'ART. 82 DEL D.LGS. N. 163/2006. ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA E DIFETTO DI PRESUPPOSTI

1.1 L'art.87 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 come sostituito dall'art.4 quater del DL n. 78 del 1 luglio 2009 convertito nella legge n. 102/2009 espressamente prevede che in caso di verifica dell'anomalia dell'offerta la stazione appaltante richieda "le giustificazioni relative alle voci di prezzo .. nonché, in caso di

aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,relative agli altri elementi dell'offerta ".

Quindi, laddove l'Amministrazione abbia optato per l'aggiudicazione della gara secondo il criterio del prezzo più basso, l'unico valore di riferimento, costituito dal prezzo, deve essere considerato in maniera globale, da riferirsi all'intero servizio in affidamento; ciò, a fortiori, vale laddove non si riscontrano nella legge di gara elementi vincolanti in ordine alla organizzazione del servizio in appalto.

2) ILLEGITTIMITA' DELL'ESCLUSIONE DELLA MARCO POLO – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 L. 241/199O- VIOLAZIONE DELL'ART. 88 DEL D.LGS. N. 163/2006- CONTRADDITTORIETA' DELLA MOTIVAZIONE ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DEI PRESUPPOSTI-VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA-VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.

La motivazione dell'esclusione della Marco Polo Spa sarebbe fondata su valutazioni apodittiche ed errate nei presupposti, in contrasto con l'obbligo di motivazione dettagliata e "penetrante" che vige, in particolare, in caso di esclusione dell'offerta per anomalia.

Sostanzialmente il Rup avrebbe tautologicamente affermato che l'offerta non è congrua perché vi sono "incapienze" ma l' unico elemento effettivamente evidenziato sarebbe la presunta mancata copertura dei costi per l'assenteismo riguardo alla quale si sostiene che il Rup nella predetta analisi e nel calcolo incorrerebbe in un evidente errore nei presupposti in quanto effettua un conteggio di presunte ore di assenteismo che a suo dire non sono coperte dal costo dell'unità aggiuntiva indicata dalla Marco Polo spa nella relazione, ma tale unità, rappresentata da un operaio di 5^ livello, è stata indicata- come si legge nella relazione e nel verbale di audizione- al solo fine di stimare "cautelativamente e convenzionalmente" il costo per la sostituzione del personale assente (che sarà

inoltre coperto dall'ulteriore personale impiegato in commesse analoghe), il che non permetterebbe di conteggiare le ore di lavoro eseguibili in un anno da un operaio di 5^livello, per concludere che tale numero di ore è inferiore al numero di ore di assenteismo.

Per quanto riguarda le offerte dei due subappaltori delle prestazioni di manutenzione ordinaria, la 2 MB Sr1e la Elettromeccanica Galli Italo Srl, si sostiene che la motivazione non tiene conto del dato essenziale che l'impresa 2 MB è composta da 4 soci titolari che prestano essi stessi la propria attività lavorativa, con inapplicabilità delle tabelle ministeriali del costo del lavoro e che la Elettromeccanica Galli si avvale di lavoratori a progetto,

Per la voce Reperibilità, riferita agli interventi straordinari, si ribadisce che la Marco Polo fin dalle prime giustificazioni ha precisato che il costo del personale si riferisce a lavoratori impiegati h24 per i quali, come dal conteggio fornito, sono state calcolate le maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva senza applicabilità né della reperibilità ne di straordinari.

Per le prestazioni di cui alle voci C.5.1 e C.5.16 del capitolato d'oneri si sostiene che la valutazione espressa al riguardo dal Rup sarebbe illegittima in quanto fondata su parametri di valutazione del monte ore ritenuto necessario, introdotto dal responsabile del procedimento in sede di verifica dell'anomalia e non previsto dagli atti di gara.

Per le Spese Generali si precisa che l'unica voce immotivatamente valutata non congrua dopo le seconde giustificazioni è solo quella relativa alle spese fisse di sede, pari ad € 1.800,00.

In sede di audizione si è richiesto di indicare dove trovassero copertura gli oneri per la sede nel territorio del Friuli Venezia Giulia, ritenendo che la somma di € 1.800,00 si riferisse alla sede centrale.

La Marco Polo ha chiarito che la suddetta voce è riferita ai costi di sede nel territorio del Friuli Venezia Giulia, mentre i costi fissi della sede centrale sono compresi nella prima voce dell'ultima tabella di pagina 5 della nota del 27.9.2010 prot.n . 5233 e invece il Rup, senza fornire altri elementi, ha immotivatamente affermato che tra le spese generali non possono rientrare i costi fissi di sede e che "appare non dimostrata la congruità del costo dichiarato pari ad € 1.800,00/anno per la sede da aprire nel Friuli Venezia Giulia",

Per la voce Oneri per la sicurezza specifici d'impresa si ricorda che i servizi compresi nell'appalto sono costituiti dalla normale manutenzione di impianti tecnologici e che quindi non sussistono lavorazioni con particolari rischi sicchè lo stesso RUP, sul punto ha affermato "pur se l'importo complessivo dichiarato sembrerebbe sufficiente a garantirne la sostanziale congruità , non tiene conto delle spese di sicurezza da sostenere per gli operatori da destinare alle sostituzioni per assenteismo su cui si rinvia al precedente punto B1", con motivazione che si contesta, per quanto riguarda l'assenteismo, perché il relativo costo è sempre quello riferibile agli impiegati assunti in altre commesse, retribuiti con contratto h24, che partecipano ai corsi aziendali interni, oltre il costo esemplificativo dell'unità aggiuntiva di operaio di V^ livello e per la mancata chiarezza del rinvio al punto B1.

Per la voce Ammortamento attrezzature e materiali si sostiene che la motivazione del Rup sarebbe palesemente viziata da eccesso di potere, perché il Rup ha ritenuto che non sia possibile per la subappaltatrice fornire il materiale e l'attrezzatura necessaria, anche se dal preventivo risultano stanziati € 5.000,00 annui e ritiene anche che I'ulteriore voce di costo indicata dalla Marco Polo, pari ad € 7.021,20 all'anno, è comunque insufficiente in considerazione dell'alto numero di attrezzature e quindi, non avendo l'impresa fornito l'elenco delle attrezzature che intende utilizzare, i costi sarebbero sottostimati; invece si sostiene che per

un'impresa che opera nel settore elettrico gli acquisti di strumenti quali trapani, scale, saldatrici, etc. che sono stati indicati dal Rup come attrezzature necessarie, non vengono effettuati per ogni singolo lavoro e rientrano nella voce "materiali di consumo" quantificati dalla subappaltatrice nel preventivo allegato.

In ogni caso, gli atti di gara non prevedevano particolari strumenti ed il Rup non poteva pretendere l'elenco delle apparecchiature utilizzate.

Quanto alla strumentazione certificata, sempre il Rup, nonostante il preventivo allegato,e l'ulteriore costo annuale previsto per la taratura, ritiene "che i costi esposti non siano congruenti", perché gli strumenti non sarebbero certificat, mentre si sostiene che la strumentazione oggetto del preventivo è certificata, come si ricaverebbe dal modello offerto e dal fatto che viene appositamente " tarata".

Inoltre si ribadisce che il punto i.1 del capitolato d 'oneri rinviava al momento di inizio della esecuzione dell'appalto la presentazione dell'elenco della attrezzatura de qua, che indebitamente è stato invece richiesto in fase di verifica dell'anomalia.

Infine, con riferimento al terzo punto e cioè all'attività di illuminazione il Rup ha sostenuto che l' impresa non ha dimostrato "la disponibilità dell'autoscala" e comunque non ha fornito l'elenco delle attrezzature utilizzate. Infine, ha precisato, sempre in base alle sue personali valutazioni ed in base ad elementi non previsti dagli atti di gara, che sarebbero necessari per l'esecuzione dell'appalto n. 15 interventi da effettuare con l'autoscala fino a mt 8 e 70 interventi complessivi da effettuare fino a 13 mt., i cui costi non sono stati previsti dall'impresa, concludendo per la incongruità di tale voce di costo, perché mancherebbe la copertura economica di attività che, comunque, non erano state indicate negli atti di gara e, inoltre, perché, non ha potuto esaminare un computo metrico estimativo di tutte le attrezzature utilizzate dall'impresa, nonostante lo avesse, peraltro illegittimamente, richiesto.

Per la voce Materiali la motivazione del Rup sarebbe fondata su presupposti di fatto errati e su parametri di valutazione non utilizzabili quali i dati storici in possesso dell'amministrazione, ed in base a richieste palesemente esorbitanti quale il computo metrico estimativo di tutti i materiali utilizzabili.

Per la voce Analisi di potabilità dell'acqua il Rup considera sottostimato il costo indicato per l'analisi dello scarico dell'impianto di depurazione raffrontando il costo indicato dalla Marco Polo con il costo attualmente sostenuto dall'aggiudicataria del servizio, dimenticando che la base d'asta è inferiore al prezzo praticato dall'attuale appaltatore dei servizi oggetto di gara e che quindi il confronto non è sostenibile.

Per la voce Altri servizi e forniture si contesta che il Rup ha arbitrariamente esteso la verifica del prezzo ad elementi afferenti il merito tecnico, l'esperienza professionale il curriculum degli addetti alle attività da espletarsi , il tutto nell'ambito di un appalto da aggiudicarsi al prezzo più basso e senza che tali requisiti siano stati inseriti tra quelli di partecipazione. La verifica si è spinta fino al punto di voler anticipatamente acquisire la volontà della Marco Polo di avvalersi o meno del subappalto, dichiarato in sede di gara; aspetti che nulla c'entrano con il prezzo.

L" Utile di impresa che viene dichiarato pari al 5,02% dell'offerta è risultato congruo anche per il Rup.

Infine, sempre con riferimento al dedotto vizio di motivazione, si ritiene priva di pregio l'argomentazione del Rup in ordine alla non validità dei preventivi allegati dalla Marco Polo perché di data successiva alle giustificazioni richieste. Infatti, la loro attualità è semmai la dimostrazione della permanenza delle condizioni contrattuali ottenute.

3)ILLEGITTIMITA' DELLA RICHIESTA DI GIUSTIFICAZIONI SUGLI AUMENTI DEL COSTO DEL LAVORO SUCCESSIVI ALLA FORMULAZIONE DELL' OFFERTA

Al momento in cui è intervenuta la richiesta di chiarimenti, non erano state neanche approvate le nuove tabelle ministeriali di riferimento riportanti il costo del lavoro e la verifica della congruità dell'offerta dovrebbe avere esclusivo riguardo agli elementi costitutivi "originari" della proposta contrattuale formulata in sede di partecipazione alla gara.

Da tale illegittima richiesta è quindi scaturita la rimodulazione dell'offerta, che sarebbe stata ancora più capiente e remunerativa in sua assenza.

4) LEGITTIMA RIMODULAZIONE DEL PREZZO OFFERTO

In ogni caso si sostiene che in sede di giustificazioni sull'anomalia dell'offerta è possibile rimodulare gli elementi economici dell'offerta stessa con il limite di non alterare il quantum iniziale della stessa, considerata nella sua globalità; invece, nella relazione che ha determinato l'esclusione, il Rup, tra gli elementi di inattendibilità dell' offerta, considera anche la suddetta rimodulazione, che è comunque derivata dalla illegittima richiesta dell'Amministrazione.

5)ERRATA MODALITA' DI CALCOLO DELLA SOGLIA DI ANOMALIA

Nelle gare di appalto dove il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso il calcolo della soglia di anomalia è dato dal ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media (art. 86 del DLgs n. 163/06). Sul punto si ricorda che, con determinazione 26.10.1999 l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha precisato analiticamente la sequenza da rispettare

a cura della stazione appaltante, sostenendo che, nel caso di specie, il calcolo effettuato dalla stazione appaltante non sarebbe rispettoso di quanto previsto .

6)INCOMPETENZA DEL RUP-VIOLAZIONE ART. 88 D.LGS. N. 163/2006; nell'assunto che la valutazione dell'anomalia dell'offerta non poteva essere effettuata dal Responsabile del procedimento, bensì dall' autorità procedente, competente all'aggiudicazione della gara, individuata dall'amministrazione con la delibera di indizione della gara, nella Dott.ssa Paola Paves, la quale avrebbe solo comunicato e disposto l'esclusione della Marco Polo, senza però prendere parte in alcun modo alla verifica stessa e recependo acriticamente la relazione del RUP.

Sarebbe illegittimo anche il capitolato d'oneri, sez.I, regolamento di gara. art. 6 nella parte in cui demanda al Rup la valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha poi impugnato l'aggiudicazione definitiva successivamente disposta a favore della costituenda ATI Elettrica Gover snc e MECOIN srl; dopo aver riportato il testo integrale del ricorso originario per supportare la censura di illegittimità derivata vengono dedotti i seguenti ulteriori motivi aggiunti:

1^ M.A. Violazione dell'art. 3 del capitolato d'neri – violazione dell'art. 95 c. 2 DPR 554/1999 – Illegittima costituzione dell'ATI aggiudicataria perché la percentuale di partecipazione della mandante – dichiarata nel 5% - non soddisfa il requisito minimo del 10% di cui all'art. 95 cit.

2^ M.A. Insussistenza dei requisiti di ammissione alla gara dell'ATI aggiudicataria in quanto la SOA OG11 della mandante è scaduta . Violazione dell'art. 3 del capitolato – violazione degli artt. 40, 41 e 42 del d.lgs 163/2006 – violazione dell'art. 11 DPR 412/1993 – Violazione dell'art. 15 e 15 bis DPR n. 34/2000;

L'impresa mandante ME.CO.IN non poteva partecipare perché la scadenza triennale della SOA era fissata per il 24.11.2008 senza che risulti essere stata

presentata richiesta di verifica nel termine di sessanta giorni anteriori a tale scadenza. Inoltre anche la validità quinquennale scadeva al 24.11.2010

3^ M.A. Illegittimità del procedimento di verifica dell'anomalia dell'ATI aggiudicataria per eccesso di potere per disparità di trattamento, contraddittorietà – incompetenza del RUP- violazione dell'art. 97 Cost.

Si denuncia l'incompetenza del RUP ad effettuare la verifica per le ragioni di cui al ricorso introduttivo e la valutazione difforme delle due offerte che ha portato alla valutazione di congruità di quella dell'ATI controinteressata.

A) Art. 87 comma 2 dlgs 163/2006 – il RUP ha accettato le particolari condizioni di favore dichiarate dall'ATI mentre quelle della Marco Polo erano state ritenute generiche e non passibili di presa in considerazione.

B) Costo manodopera per il personale – il costo della manodopera calcolato dalla Marco Polo, di circa € 300.000 più elevato rispetto a quello dell'aggiudicataria, non è stato ritenuto congruo.

B2) reperibilità – i costi stimati da Marco Polo sono stati ritenuti insufficienti e quelli dell'aggiudicataria congrui ancorchè la quantificazione fatta dalla Marco Polo fosse stata più elevata.

C) Spese generali – il Rup ha ritenuto sottostimato il costo indicato dalla Marco Polo per la gestione della sede centrale e della sede nel territorio ritenendo necessaria una quantificazione specifica del costo della prima mentre la controinteressata nulla ha indicato al riguardo.

D) Altri servizi e forniture – Marco Polo aveva indicato costi di € 92.600,00 (ritenuti non congrui) mentre l'aggiudicataria ha indicato la somma di € 33.350 annua (ritenuta congrua). A Marco Polo è stata contestata la mancata dettagliata specificazione dei costi per la gestione della programmazione hardware dei sistemi di sicurezza che anche nel preventivo della aggiudicataria manca. La sua offerta

sarebbe stata ritenuta soddisfacente perché la ditta è conosciuta in quanto ha fornito gli impianti di sicurezza all'AREA.

Il metro di valutazione delle due offerte sarebbe stato quindi differente.

L'amministrazione si è costituita in giudizio per resistere sia al ricorso introduttivo che ai motivi aggiunti eccependo la carenza di interesse della ricorrente a contestare l'ammissione alla gara della controinteressata posto che in ogni caso l'esclusione di questa non gioverebbe alla Marco Polo.

La controinteressata notificata con i motivi aggiunti si è anch'essa costituita in giudizio ed ha contro dedotto per il rigetto dell'intero gravame.

Il ricorso è stato introitato in decisione alla pubblica udienza del 25 maggio 2011 comprensivo dei motivi aggiunti per i quali, in pari data, era stata fissata la camera di consiglio per l'esame della richiesta cautelare.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta un presunto vizio da eccesso di potere per illogicità manifesta e difetto di presupposti, derivante da diversi ordini di contestazioni che di seguito sinteticamente si riportano: valutazione dell'anomalia effettuata su elementi diversi dalle sole voci di prezzo, introduzione di parametri e criteri di verifica dell'anomalia successivi rispetto a quanto previsto dagli atti di gara, richieste di giustificazioni su elementi di natura tecnica, valutazione condotta sulla base di dati storici non conosciuti dall'impresa, adeguamento di prezzi per fattori sopravvenuti rispetto alla presentazione dell'offerta, valutazione dell'offerta "con riferimento alle singole voci di costo" anziché "nel suo insieme". Tali argomentazioni sono poi riprese anche in alcune delle analitiche contestazioni rivolte, nell'ambito del secondo motivo di ricorso, alle specifiche valutazioni di incongruità.

Appare al Collegio indubbio che la S.A. inizialmente si era mossa nel senso di attenersi alle modalità conseguenti alla scelta del criterio di aggiudicazione al prezzo più basso , tanto è vero che per giustificare il prezzo offerto, l'art. 6 del

capitolato d'oneri sez.I regolamento di gara espressamente prevedeva che obbligatoriamente il concorrente avrebbe dovuto utilizzare il modello Allegato E fornito dall'Amministrazione (schema per le giustificazioni del prezzo offerto) il quale, a sua volta, prevedeva solo alcuni degli elementi richiesti successivamente alla Marco Polo.

A titolo esemplificativo: in ordine alle spese generali il citato allegato richiedeva di indicare i costi amministrativi di gestione del personale ma non richiedeva di differenziare le singole voci, non era richiesto di indicare nell'ambito degli oneri per la sicurezza il costo per le "visite mediche", né con riferimento al punto H relativo alle analisi di potabilità erano richieste le modalità di effettuazione del prelievo e di esecuzione del servizio con l'elenco dei parametri da utilizzare, non forniti dalla stazione appaltante; con riferimento al punto I- Altri servizi e forniture- non era richiesto di indicare le modalità di esecuzione dei servizi e forniture per la manutenzione ordinaria, le modalità di esecuzione della manutenzione degli estintori e delle altre attrezzature antincendio e le modalità di svolgimento di tutte le operazioni e modifiche previste al punto C.5.19 del capitolato d'oneri, sez. III; né i costi per la prima schedatura dei dati tecnici di tutti gli impianti; i costi per la licenza software, etc.

Successivamente, peraltro, la stazione appaltante ha inteso effettuare una verifica di congruità del prezzo con riferimento ai singoli elementi che erano andati a costituire l'offerta, addentrandosi anche nella verifica dei parametri tecnici, tramite l'evidente escamotage della richiesta di dettaglio di tutti gli specifici costi.

Infatti dalla relazione del RUP, pag. 26, si evince che l'esclusione della Marco Polo è stata decisa perché "L'impresa, nel formulare la propria offerta, non è sostanzialmente riuscita a produrre all'Amministrazione il supporto documentale di approfondimento necessario a dimostrare con ragionevole attendibilità la

sostenibilità tecnico/economica della propria offerta che è risultata carente sia nel merito tecnico che nelle valutazioni economiche".

Quindi, per stessa ammissione del RUP, l'analisi dell'offerta ha finito per riguardare non solo il prezzo ma anche il merito tecnico.

Ritiene invece il Collegio che la verifica dell'anomalia in un appalto da aggiudicarsi al maggior ribasso non possa mai tradursi in richiesta di elementi attinenti il c.d. merito tecnico e quindi arrivare a chiedere chiarimenti circa le modalità di esecuzione del contratto, così come non può basarsi su valutazioni che tengono conto di elementi non contemplati negli atti di gara.

Che ciò sia indubbiamente avvenuto nel caso di specie è dimostrato da vari punti della stessa relazione del responsabile del procedimento. Basta al riguardo considerare quanto affermato riguardo al punto " Altri servizi e forniture" dove la relazione dichiara che ": L'impresa non è stata in grado di fornire i chiarimenti e le giustificazioni richieste e necessarie per verificare la congruità tecnico/economica e per dimostrare la disponibilità della presenza di una specifica professionalità e/o di contratti con le case produttrici dei software gestionali di controllo degli impianti. Le verifiche richieste da questo Rup erano mirate ad accertare la adeguata formazione e specializzazione del personale da impiegare, in quanto le prestazioni contrattualmente previste richiedono una particolare ed elevata specializzazione che risulta indispensabile per garantire il corretto e regolare funzionamento di tutti gli impianti tecnologici a servizio dei laboratori di ricerca. Pertanto le giustificazioni fornite non consentono, essendo anche prive di documentazione a supporto, di effettuare alcuna verifica sulla congruità tecnica e sulla corrispondenza dei requisiti specialistici necessari...".

Osserva inoltre il Collegio che già dal tenore delle prime richieste di chiarimenti di cui alla lettera del 20 settembre 2010, soprariportate ai punti 6, 8, 10, risultava evidente come le richieste stessero andando a sconfinare sulle modalità di

esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, e quindi su materia che non può rientrare nella verifica dell'anomalia di un'offerta al prezzo più basso. E' infatti evidente che, a differenza di quanto avviene in caso di gara aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa in cui l'offerta risulta composta non dal solo prezzo ma anche dagli altri elementi qualitativamente determinanti e tutti possono rientrare nella verifica di congruità, nel caso di offerta aggiudicata al prezzo più basso la verifica non può che riguardare il prezzo nel suo complesso, senza la possibilità di ricorrere a quella scomposizione analitica nel caso di specie attuata dalla stazione appaltante, con l'innegabile conseguenza che, attraverso un giudizio formalmente espresso sui costi dimostrati, si è di fatto esteso il giudizio anche alle presunte modalità di esecuzione della prestazione. Non va neppure sottaciuto l'altro innegabile elemento di illegittimità di tale modus operandi, risultante dall'effettuazione di valutazioni alla stregua di elementi di giudizio non resi noti nel bando e quindi da questo non previsti per la parametrazione dell'offerta, quali gli eventuali dati storici non ivi esternati.

Ad abundantiam va anche precisato che la formulazione di una richiesta di chiarimenti dei costi che faceva – come nel caso di specie –specifico riferimento agli aumenti contrattuali intervenuti dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte "precisare in quale modo si intende far fronte ai recenti aumenti contrattuali … " ha illegittimamente introdotto nel procedimento un elemento che non poteva ritenersi determinante per la valutazione della congruità dell'offerta, che doveva conformarsi unicamente ai parametri retributivi vigenti al momento della sua formulazione e ha erroneamente indotto l'impresa a ritenere di dover fornire giustificazioni in relazione ad elementi di costo estranei alla proposta e che, nella logica del sistema, devono semmai essere affrontati mediante il ricorso agli utili di impresa fino alla decorrenza del termine per la richiesta di

aggiornamento prezzi contrattuali – a termini dell'art. 12 del capitolato d'oneri – sez II – condizioni generali di contratto.

Dalle considerazioni fin qui svolte appare evidente la fondatezza delle censure relative alle effettive modalità di esecuzione della verifica di congruità, incompatibili con una gara al massimo ribasso, che determinano l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente e sono quindi ovviamente assorbenti rispetto alle censure sub 5 e 6, che rivestono carattere strumentale e sono chiaramente subordinate alle precedenti, che rispondono all'interesse principale della ricorrente.

Da quanto sopra si evince la fondatezza sia del ricorso introduttivo che dei motivi aggiunti (per ovvia fondatezza delle censure di invalidità derivata) ed entrambi devono essere accolti con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

In esecuzione della presente sentenza l'Amministrazione dovrà pertanto riprendere in mano il procedimento per la verifica dell'anomalia a partire dalle giustificazioni fornite dalla ricorrente tramite il modello E.

Le spese possono essere compensate tra le parti in considerazione della complessità delle questioni, tranne per il contributo unificato che va posto a carico dell'amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso e motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, accoglie entrambi ed annulla gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Consorzio per l'Area di ricerca scientifica e tecnologica di Trieste a rifondere alla parte ricorrente l'importo del contributo unificato a termini di legge e compensa tra le parti le restanti spese di giudizio.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2011

IL SEGRETARIO

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