



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 Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1385 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Servizi Generali S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Renato Lioi, con domicilio eletto presso Stefano Vanni in Bologna, via Farini 30;

contro

Enel Servizi S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Mole', Clara Fraticelli, con domicilio eletto presso Giuseppe Di Mauro in Bologna, via G. Marconi 71;

nei confronti di

Enel Servizi S.r.l.-Direzione Operativa Acquisti; Gemini S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Vecchi, Gavino Spiga, Catia Cacco, con domicilio eletto presso Vittorio Vecchi in Bologna, via Rolandino N.2;

per l'annullamento

del verbale della Commissione di gara del 29.08.2011, con cui si è disposta l'esclusione della società ricorrente dalla gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia degli edifici civili adibiti ad uffici di competenza di Enel Servizi Srl con specifico riferimento alla Macroarea 4 - Lotto 4;

della comunicazione di esclusione inviata alla ricorrente da Enel Servizi Srl con nota del 31.08.2011;

della nota del 28.09.2011 con cui si è comunicata alla ricorrente l'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara in favore della controinteressata Gemini Srl;

del verbale della Commissione di gara del 06.04.2011; 06.06.2011; 13.06.2011, 05.07.2011 con cui sono stati richiesti chiarimenti alla società ricorrente in merito all'offerta presentata e di tutte le relative comunicazioni inviate alla medesima società; del verbale del 14.07.2011 e del 23.03.2011; delle Relazioni Tecniche di Verifica datate 09.06.2011, 5.07.2011, 20.07.2011 e di tutti i pareri e le relazioni comunque redatte dall'organo tecnico nominato a supporto della Commissione di gara di estrema e contenuto ignoti, dei verbali, delle comunicazioni, delle determinazioni e degli atti di gara tutti con cui la stazione appaltante ha disposto la verifica di congruità dell'offerta della ricorrente, con richiesta di relativi chiarimenti, ed ha giudicato anomala l'offerta presentata dalla società disponendo la sua esclusione dalla gara; della Lettera di invito del 10.02.2011, del

capitolato Tecnico del Febbraio 2010 e degli atti ove ritenuti lesivi in parte qua;

del provvedimento di diniego di autotutela adottato con nota prot.n.235614 del 28.10.2011;

di ogni altro atto comunque connesso, consequenziale, anteriore e/o successivo;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Enel Servizi S.r.l. e di Gemini S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2012 il dott. Bruno Lelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso in epigrafe viene contestata l'esclusione della società ricorrente dalla gara d'appalto per l'affidamento del "Servizio di pulizia degli edifici civili adibiti ad uffici di competenza Enel Servizi s.r.l." con specifico riferimento alla macroarea n. 4 - lotto 4.

La suddetta esclusione è stata disposta in quanto l'offerta della ricorrente non ha superato il procedimento previsto per valutarne l'anomalia; in particolare la commissione preposta ha ritenuto

insufficienti le giustificazioni offerte dalla ricorrente ritenendo non accettabile il valore K1 offerto dall'impresa.

Avverso la suddetta esclusione è stato proposto ricorso notificato in data 21 ottobre 2011.

Successivamente, dopo l'ordinanza con cui il Tar del Lazio declinava la propria competenza territoriale individuando in questo Tar il Giudice competente, la ricorrente riassumeva il giudizio con contestuale proposizione di motivi aggiunti estendendo l'impugnativa anche la nota con cui Enel aveva respinto la richiesta di annullamento in via di autotutela degli atti di gara.

Con atto notificato in data 15 dicembre 2011 la ricorrente proponeva ulteriori motivi aggiunti.

2. Col primo motivo di ricorso viene censurato il procedimento di verifica dell'anomalia in esito al quale la ricorrente è stata esclusa assumendo che la commissione di gara ha erroneamente preso in considerazione un parametro (k1b) che non avrebbe potuto essere oggetto di valutazione di congruità e, comunque, sovrapponendo i distinti parametri previsti nella lettera d'invito (K1 e K1a).

Sul punto si deve premettere che fra le voci dell'offerta è ricompreso il parametro K1 (indicativo del numero minimo di ore di operaio addetto le pulizie che l'offerente si impegna a dedicare per tutta la durata del contratto all'erogazione dei servizi) che a sua volta si compone di due elementi:k1a (manodopera offerta per il complesso delle attività a canone base, opzionale e ostelli/foresterie) e k1b

(manodopera offerta per il complesso delle attività extra canone programmabili).

La commissione (verbale del 23 marzo 2011) ha individuato il "valore del costo medio orario" al di sotto del quale un'offerta avrebbe dovuto essere sospettata di anomalia precisando che la verifica doveva riguardare le attività ricomprese nel canone base (parametro denominato k1a).

Con una prima richiesta di giustificazioni sono stati chiesti alla ricorrente chiarimenti inerenti alle voci rientranti nel suddetto parametro (attività a canone base, canone opzionale ed ostelli foresterie).

Con una successiva comunicazione del 13 giugno 2011 sono stati chiesti ulteriori chiarimenti in quanto l'analisi delle produttività relative al valore k1a vengono ritenute non esaustive in quanto riferite alle sole categorie di destinazione d'uso A.B.C.D. ed agli ostelli/foresterie con la conseguente necessità di ricevere ulteriori delucidazioni in ordine al riparto del monte ore annuo complessivo relativo, anche sulla categoria di destinazione d'uso F e sulle attività 101 e 102.

Poiché le spiegazioni fornite dalla ricorrente non sono state ritenute sufficienti la commissione di gara ha previsto un incontro espletato il quale, le giustificazioni formulate sono state ritenute insufficienti sulla base di tre considerazioni: dispersione geografica del lotto che include 38 fabbricati dislocati in quattro province; presenza

all'interno del lotto di una discreta percentuale di fabbricati con superficie inferiore ai 500 m²; confronto con gli standards di produttività formulati dai tecnici in fase di predisposizione della gara. Da quanto sopra le censure formulate dalla ricorrente col ricorso principale non risultano fondate, in quanto il procedimento per la verifica dell'anomalia ha fatto riferimento al solo parametro k1a.

Peraltro il fatto che le giustificazioni fornite in ordine al suddetto parametro sono state ritenute insufficienti comporta inevitabilmente l'estensione dell'anomalia a tutto il valore k1 del quale l'elemento k1a rappresenta la (fondamentale) componente inerente al canone base.

Pertanto la lamentata sovrapposizione fra due distinti elementi non sussiste, in quanto la ritenuta anomalia di una componente essenziale di un parametro comporta necessariamente l'anomalia di quest'ultimo.

Col secondo e terzo motivo di ricorso il procedimento seguito per la verifica dell'anomalia viene contestato, in quanto per valutare la congruità delle offerte pervenute è stato individuato un parametro (KA) indicante il monte ore annuo teorico necessario per l'esecuzione del servizio stabilendo che le offerte al di sotto di tale valore di almeno il 10% avrebbero dovuto essere sottoposte alla valutazione di anomalia.

Sul punto il procedimento in concreto seguito dalla commissione non appare in contrasto con la parte della lettera di invito (punto 2.3) che attiene alla giustificazione dei valori indicati nell'offerta tecnica,

in quanto non è illogico predeterminare un valore al quale subordinare l'attivazione del procedimento per l'anomalia, ancorando peraltro il giudizio finale agli elementi giustificativi proposti dall'offerente.

Tale giudizio, come risulta da quanto già esposto, è stato formulato dopo un ampio contraddittorio e non ha avuto carattere di automaticità, facendo riferimento alla concreta situazione dell'area, degli edifici e dei parametri elaborati dalla struttura tecnica.

Anche in questo caso non sembra che possa configurarsi una sovrapposizione di elementi: lo scostamento del valore K1 rispetto al valore Ka non porta all'esclusione, ma serve ad attivare il procedimento per verificare se l'anomalia può essere giustificata.

Nè dal ricorso emergono elementi che possano far ritenere irragionevole o palesemente errato il valore KA tenuto conto del fatto che tale valore è stato determinato dalla commissione sulla base di elementi tecnici che, pur suscettibili di diversa valutazione, sicuramente non configurano ipotesi riconducibili alla manifesta irragionevolezza.

Col quarto motivo di ricorso vengono censurate le risultanze della procedura di gara sotto vari profili.

Il fatto che la ricorrente abbia partecipato a più gare per diversi lotti non significa che le giustificazioni date per uno possono valere anche per l'altro, tenuto conto, in particolare, della diversità dei lotti e della motivazione con cui le giustificazioni sono state respinte nel caso

concreto, attinenti, per almeno due dei tre elementi della motivazione, alla dislocazione geografica ed alla natura degli edifici ricomprese nell'area.

Risultano altresì infondate le censure concernenti l'utilizzo nel procedimento di verifica della anomalia del supporto di due tecnici dipendenti del gruppo, tenuto conto della complessità dell'appalto della presenza di prevalenti elementi tecnici.

Risulta infine inammissibile l'impugnativa dell'articolo 6.2 della lettera di invito per il mancato rispetto dei limiti minimi e massimi attribuibili ai fattori ponderali in quanto l'applicazione del suddetta clausola non ha prodotto alcuna lesione in capo alla ricorrente che al termine della gara si è collocata al primo posto venendo poi esclusa per ragioni inerenti ad altri aspetti non collegati alla clausola si discute.

2. Per quanto riguarda i primi motivi aggiunti, devono essere respinti quelli inerenti all'impugnazione del provvedimento con cui ENEL ha respinto l'istanza di revisione del provvedimento di esclusione in autotutela, in quanto le censure sono identiche a quelle già esaminate.

3. Risulta invece parzialmente irricevibile per tardività il secondo atto di motivi aggiunti notificato in data 15 dicembre 2011, in quanto gli atti depositati col ricorso originario del 12.10.2011 già comprendevano il verbale del 23.3.2011.

Risulta ammissibile esclusivamente la rinnovata censura formulata nei confronti della determinazione del valore K_a in relazione al

deposito della tabella allegata al verbale che ha fatto emergere in concreto il valore del parametro.

La stessa, peraltro, non appare fondata in quanto dal ricorso non emergono elementi che possano far ritenere irragionevole o palesemente errato il suddetto valore tenuto conto del fatto che lo stesso è stato determinato dalla commissione sulla base di elementi tecnici che, pur suscettibili di diversa valutazione, non configurano ipotesi riconducibili alla manifesta irragionevolezza o al travisamento dei fatti (si veda la relazione tecnica depositata in data 31 maggio 2012 che evidenzia il percorso seguito per valutare la sussistenza o meno dell'anomalia e le modalità di determinazione dei valori).

E' vero che nel giudizio di anomalia il valore K_a viene confrontato con l'intero valore K_1 , ma il fatto che le giustificazioni siano state richieste solo con riferimento al sub valore k_1a non rappresenta una contraddizione posto che, come si è visto, l'inadeguatezza dell'offerta riferita ad una delle sue componenti si trasmette inevitabilmente sull'intero parametro k_1 .

Nè sono decisive, ai fini di un giudizio sulla ragionevolezza del valore K_A , le considerazioni in ordine allo scostamento dello stesso dal monte ore dell'impresa precedentemente aggiudicataria, in quanto tali argomenti non tengono conto dell'ambito delle prestazioni richieste con la nuova gara rispetto al precedente contratto.

Inoltre, come già detto, lo scostamento del valore K_1 rispetto al valore K_a non porta all'esclusione, ma (e solo nell'ipotesi di uno

scostamento superiore al 10%) serve ad attivare il procedimento per verificare se l'anomalia può essere giustificata.

IL KA, quindi, è un ipotetico valore medio elaborato per ancorare ad un dato certo l'attivazione del giudizio di anomalia, ma non è un valore assoluto ed escludente, posto che è consentito alle ditte di discostarsi da esso fino al 10% e, in caso di scostamento superiore, di poter dimostrare comunque la sostenibilità dell'offerta.

In ogni caso il giudizio sull'anomalia è stato fatto con riferimento ad una pluralità di elementi emersi nel corso del contraddittorio con la ricorrente.

Per quanto sopra anche il secondo ricorso per motivi aggiunti, nella parte ammissibile, deve essere rigettato.

4. In conclusione il ricorso principale deve essere rigettato; il primo ricorso per motivi aggiunti deve essere rigettato; il secondo ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato in parte irricevibile e rigettato per il resto.

Tenuto conto delle problematiche interpretative e dell'esito alterno della fase cautelare sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna -
Bologna, Sezione II

- rigetta il ricorso principale ed il primo ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara in parte irricevibile il secondo ricorso per motivi aggiunti e

lo rigetta per il resto ai sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere, Estensore

Alberto Pasi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2012

IL SEGRETARIO

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