



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1434 del 2012, proposto da:

Gial Plast Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Annarita Marasco, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Lecce, via Garibaldi, 43;

contro

Comune di Manduria, rappresentato e difeso dall'avv. Annalisa Di Giovanni, elettivamente domiciliato presso la Segreteria del Tar in Lecce, via F. Rubichi, 23;

nei confronti di

Igeco Costruzioni Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Gabriella De Giorgi Cezzi, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Lecce, via G. Paladini, 50;

per l'annullamento

- della determina n. 656 del 19 luglio 2012 comunicata in data 23 luglio 2012 prot. n. 16427 dal dirigente dell'Area tecnica del Comune di Manduria;
 - dei verbali di gara di procedura aperta;
 - del provvedimento di rigetto prot. n. 14858 del 3 luglio 2012 emesso sul preavviso di ricorso del 21 giugno 2012 e del silenzio serbato sul preavviso di ricorso del 7 agosto 2012;
 - e inoltre, ove occorra, dell'avviso senza data pubblicato sul sito web del Comune di Manduria avente a oggetto "servizi di igiene urbana e raccolta differenziata";
 - e infine del contratto di appalto, ove nelle more stipulato, e con espressa richiesta di subentro all'esito della declaratoria di aggiudicazione della gara;
- con espressa richiesta risarcitoria per equivalente nella denegata ipotesi d'impossibilità di risarcimento in forma specifica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Igeco Costruzioni Spa;

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 13 dicembre 2012 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi l'avv. Luigi Quinto, in sostituzione dell'avv. Marasco per la ricorrente, l'avv. De Giorgi Cezzi per la controinteressata e l'avv. De Giovanni per la P.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La ricorrente, seconda classificata, impugna l'aggiudicazione in favore della Igeco Costruzioni s.p.a. dei servizi comunali di igiene urbana e raccolta differenziata per la durata di nove anni. Chiede, altresì, l'annullamento del contratto, ove stipulato, il subentro nella gestione e, in subordine, il risarcimento del danno.

II. A sostegno del gravame deduce la violazione e falsa applicazione della "lex specialis" di gara.

III. Si sono costituite l'Amministrazione comunale e la società aggiudicataria controinteressata, concludendo per il rigetto del ricorso. L'aggiudicataria ha, altresì, interposto ricorso incidentale.

IV. All'udienza pubblica del 13 dicembre 2012, fissata per la discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

V. In aderenza all'indirizzo espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 4/2011), il Collegio ritiene di dovere esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria definitiva, nella parte in cui risulta diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale mediante la censura dell'illegittimità della sua ammissione alla gara, ovvero, in subordine, a fare valere l'interesse strumentale alla caducazione dell'intera selezione e alla sua riedizione.

VI. Il gravame incidentale è fondato sia nella parte in cui censura la mancata esclusione della ricorrente principale per la presentazione di un'offerta parziale che in quella ove deduce, strumentalmente, l'illegittimità dell'intera procedura di gara per ingiustificata compromissione del legittimo affidamento dei partecipanti ingeneratosi sull'esatta applicazione della formula matematica prevista dal bando di gara per valutazione delle offerte economiche.

VI.1. L'esame delle censure, logicamente collegate, richiede, preliminarmente, l'individuazione dell'esatta portata giuridica del comma 3 bis dell'art. 81 del d.lgs. n. 163/2006 - introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. i-bis) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (conv. in l. 12 luglio 2011, n. 106), successivamente abrogato dall'art. 44, comma 2, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv. in l. n. 201/2011) ma vigente al momento dell'indizione e dello svolgimento della gara.

Con riferimento ai "criteri per la scelta dell'offerta migliore", la normativa di recente introduzione specificava, in particolare, che "l'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

VI.2. Ora, sulle modalità di applicazione concreta dell'abrogato comma 3 bis dell'art. 81 del codice dei contratti, per il tempo di vigenza, sono possibili diverse interpretazioni.

VI.2.1. Ove si ritenga, secondo un approccio formale, che la norma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'obbligo d'indicazione dell'importo del costo del lavoro non soggetto al ribasso immediatamente nel bando di gara, l'importo a base di gara avrebbe dovuto essere "ex ante" ripartito in tre componenti (una relativa al costo del lavoro, una pari al costo degli oneri di sicurezza, non soggetti a ribasso, e la rimanente parte imputabile agli altri costi e all'utile d'impresa, costituente l'offerta).

VI.2.2. Qualora si prediliga, come ritiene opportuno il Collegio, una lettura sostanziale della norma, la stessa deve

considerarsi meramente impositiva dell'obbligo, per le stazioni appaltanti, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera. Conseguentemente il ribasso offerto può essere giustificato, in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo ma tutelando al contempo il costo del personale.

Del resto in linea con questa interpretazione, di natura sistematica, sia l'art. 86, comma 3 bis, che l'art. 87, comma 3, rispettivamente, in sede d'individuazione e di verifica delle offerte anormalmente basse, da un lato, stabiliscono che il costo del lavoro è quello determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, così riferendosi ai minimi salariali e, dall'altro, escludono giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge medesima. A comprova di tale ricostruzione della portata normativa della disposizione invocata non può non rilevarsi che lo stesso art. 87, al comma 4, espressamente dispone che "devono essere specificamente indicati nell'offerta" solo i costi relativi alla sicurezza senza nulla aggiungere in ordine al costo del personale (T.A.R. Piemonte, sez. I, 4 novembre 2011, n. 1173 e T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 25 gennaio 2012).

VI.2.3. Tale interpretazione è stata fatta propria dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture che ha predisposto un documento di consultazione -"Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle clausole di esclusione e costo del lavoro"-, pubblicato sul proprio sito internet, orientandosi nel senso sopra descritto ovvero in favore di una lettura sostanzialistica della norma. La stessa Autorità ha, in particolare, osservato come l'interpretazione formalistica, oltre ad non apparire conforme all'obiettivo di un effettivo contrasto al lavoro irregolare, poneva sul piano applicativo notevoli problemi operativi in considerazione della circostanza che non tutti i lavori e le forniture sono riconducibili alla logica del servizio ad alta intensità di manodopera conoscibile "ex ante" dalle stazioni appaltanti.

VI.3. Ciò premesso, deve essere, altresì, chiarito che, a norma dell'art. 66 del d.lgs. n. 163/2006, rubricato "Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi", applicabile agli appalti di servizi di cui all'allegato II A:

- a) "Le stazioni appaltanti trasmettono gli avvisi e i bandi alla Commissione per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, o con altri mezzi di trasmissione..." (comma 1);
- b) "Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana serie speciale relativa ai contratti pubblici, sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati, dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Commissione, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di procedure urgenti di cui all'articolo 70, comma 11, per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti..." (comma 7);
- c) "Le stazioni appaltanti possono prevedere forme aggiuntive di pubblicità diverse da quelle di cui al presente articolo, e possono altresì pubblicare in conformità ai commi che precedono avvisi o bandi concernenti appalti pubblici non soggetti agli obblighi di pubblicazione previsti dal presente articolo. Tuttavia gli effetti giuridici che il presente codice o le norme processuali vigenti annettono alla data di pubblicazione al fine della decorrenza di termini, derivano solo dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle relative date in cui la pubblicità obbligatoria ha luogo" (comma 15);

d) “gli effetti giuridici che l’ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”(comma 8).

VI.3.1. Ne consegue che qualsiasi avviso che modifichi le disposizioni di gara, per produrre effetti giuridici vincolanti “erga omnes”, deve essere reso noto seguendo le modalità di pubblicità obbligatorie ovvero utilizzando le medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando. Nel caso di specie, la pubblicità della procedura aperta è avvenuta mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (data da cui decorrono gli effetti giuridici).

L’ulteriore forma di pubblicità effettuata sul sito web della stazione appaltante deve, pertanto, considerarsi meramente aggiuntiva e, come tale, priva di effetti giuridici ai fini della modifica della disciplina di gara.

VI.3.2. L’art. 80 d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, ora art. 66 del d.lgs. n. 163/2006, indica, infatti, una misura minima di forme obbligatorie di pubblicità (pubblicazione sulla G.U.R.I e sulla G.U.C.E. nonché su almeno due quotidiani a diffusione nazionale e altrettanti a maggiore diffusione locale) che l’Amministrazione appaltante deve necessariamente porre in essere per realizzare -secondo l’insindacabile apprezzamento del legislatore -principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità dell’azione amministrativa, fissati dall’art. 97 Cost., che impongono la massima divulgazione degli avvisi e dei bandi di gara per consentire la più ampia partecipazione dei soggetti interessati, unico strumento per l’individuazione del miglior contraente possibile.

Vero è che la stessa norma attribuisce all’Amministrazione, in ragione dell’importanza o della rilevanza economica dei lavori da affidare in concessione, la discrezionalità (rectius la responsabilità) di procedere a ulteriori forme di pubblicità aggiuntive, quali la pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, ma, di per sé, questa non è sufficiente.

Dal combinato disposto di cui agli artt. 64 e 66, d.lgs. n. 163/2006, discende, infatti, che gli obblighi di pubblicità della stazione appaltante hanno un contenuto minimo tassativo e devono comprendere anche gli elementi ulteriori aggiuntivi idonei a dare una chiara rappresentazione del contenuto del contratto da aggiudicare. Il disposto normativo non può però essere interpretato restrittivamente, a pena di tradire la “ratio” intrinseca dell’apertura alla concorrenza.

VI.3.3. Tale statuizione è, altresì, espressione del principio di reciproca correttezza che deve improntare i rapporti tra amministrazione e imprese partecipanti alla selezione. Le forme di pubblicità attenuata, sebbene non possano escludersi, devono essere guardate con disfavore e giustificate da esigenze cogenti nel rispetto dei principi soprarichiamati (Cons. di St., sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3139 e sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2306; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 27 marzo 2008, n. 396 e sez. III, 8 marzo 2006, n. 528).

Nel caso in specie, come detto, la semplice divulgazione di una modifica del bando e del disciplinare sul sito internet della stazione appaltante non costituisce forma fattualmente e giuridicamente idonea di conoscenza.

VI.3.4. La sola pubblicazione sul sito web appare, peraltro, tanto più immotivata quando si consideri che la pubblicazione del primo bando di gara era puntualmente avvenuta sia sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, che su quella comunitaria, si ignora se anche sui quotidiani nazionali e locali, e che il nuovo avviso non ha mutato solo le modalità di presentazione delle offerte, ma ha dettato anche una nuova “lex specialis” con riferimento ai possibili contenuti, non ammettendo, in particolare, la presentazione di offerte in ribasso per la voce relativa ai costi del lavoro. Contestualmente è stato prorogato il termine per la presentazione delle offerte (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 4 novembre 2011, n. 1521).

VII. Sulla base delle suesposte considerazioni può dunque sostenersi:

A) l’illegittimità dell’avviso pubblicato sul sito web della stazione appaltante.

a.1.) Con tale comunicazione, preso atto dell’entrata in vigore del comma 3 bis dell’art. 81 del d.lgs. n. 163/2006,

l'Amministrazione, seguendo l'errata interpretazione formalistica, ha modificato le modalità di proposizione e di valutazione dell'offerta economica, da esprimersi mediante tripartizione delle voci, specificando, in particolare, che "la stessa deve essere espressa al netto del costo del personale". In particolare, si dispone che "il costo del servizio, per i nove anni pari a €. 30.038.442,93 è così distinto:

- €. 19.057.126,86 costo del personale non soggetto ad offerta;
- €. 10.267.436,07 importo del servizio soggetto ad offerta;
- €. 713.880,00 oneri della sicurezza non soggetti ad offerta".

a.2) Trattasi di disposizione che si pone in palese contrasto con le disposizioni della "lex" di gara a norma delle quali il prezzo complessivo offerto, elemento a base della formula matematica indicata per la valutazione dell'offerta economica, deve essere inteso quale intero importo depurato dei soli oneri per la sicurezza (e non anche del costo del lavoro).

Dispongono infatti:

1. il bando di gara: "Importo complessivo dell'appalto €. 29.324.562, 93 (...) oltre ad €. 713.880,00 (...) per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso" (punto II.2.1. "Quantitativo o entità totale");

2. il disciplinare:

- "Il valore stimato delle prestazioni dei servizi oggetto del seguente appalto, rapportato alla durata di base per lo stesso stabilita dall'art. 3, è determinato, come importo complessivo, in €. 30.038.442,93 (...) di cui €. 29.324.562, 93 (...) per importo dei servizi a base di asta ed €. 713.880,00 (...) per gli oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta (art. 4);

- "La valutazione dell'offerta economica contenuta nella busta "C – offerta economica", avviene applicando la seguente formula: $X_i = 30x P_b/P_i$ ove... P_i è il prezzo complessivo offerto dall'iesimo offerente. Si precisa che il concorrente dovrà esprimere la propria offerta esclusivamente in termini di prezzo e non in percentuale di ribasso. Da tale offerta dovranno essere esclusi gli oneri di sicurezza" (punto 11.3.1);

- "Le società partecipanti devono indicare ..., nell'offerta economica, la proposta di diminuzione relativa alla base d'asta, specificando l'offerta complessiva" (punto 11.3.2.);

- "La parte economica dell'offerta è concretizzata in una proposta ..., che deve riportare il valore complessivo della proposta di corrispettivo, con esclusione dei costi per la sicurezza che non sono soggetti ad offerta, contenuta in apposito "Plico C"- Offerta parte economica" (punto 14.4.2.1).

a.3) La forma di pubblicità prescelta (avviso sul sito web) è inadeguata a modificare la "lex specialis" di gara, in quanto in violazione della forma di pubblicità obbligatoria e non resa nota nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando.

B) L'illegittimità delle offerte economiche presentate dalle imprese partecipanti, e, in particolare, da parte della ricorrente principale, Gial Plast srl che, in ottemperanza all'avviso web, ha offerto "il prezzo di €. 29.919.340,67 .. così distinti: costo del personale: €. 19.057.126,86 (...) non soggetto ad offerta; importo del servizio: €. 10.148.333,81 (...) soggetto ad offerta; oneri della sicurezza: €. 713.880,00 (...) non soggetto ad offerta".

Così operando, in violazione della "lex specialis" e proprio aderendo alla tesi sostanzialistica dell'art. 81, comma 3 bis proposta -secondo la quale il costo del personale è elemento costitutivo dell'offerta complessivamente intesa-, la parte ha illegittimamente escluso dalla propria offerta il costo del lavoro; pertanto, come le altre, doveva essere esclusa.

C) L'illegittimità dell'operato della Commissione di gara che, nell'applicazione della suddetta formula matematica, ha considerato quale prezzo complessivo offerto, "Pi", quello depurato non solo degli oneri della sicurezza, come previsto dalla "lex specialis", ma anche del costo del personale, secondo l'illegittimo avviso web, con ciò, da un

lato, attribuendo un maggiore valore all'offerta economica (e al relativo scarto tra un'offerta e l'altra) rispetto alla valutazione, vincolante, già operata in sede di predisposizione della disciplina di gara, e, dall'altro, alterando, in definitiva, gli esiti finali della gara.

D) La compromissione dell'intera procedura, atteso che il comportamento della stazione appaltante ha sostanzialmente compromesso il legittimo affidamento ingeneratosi in capo ai partecipanti in ordine all'esatta applicazione della formula matematica prevista per la valutazione dell'offerta economica (comprensiva o meno del costo del personale), sulla cui presupposta interpretazione sono state calibrate le offerte.

Ciò è tanto vero che la ricorrente principale, pur avendo presentato l'offerta economica secondo la tripartizione delle voci richieste nell'avviso web, chiede l'applicazione della formula matematica secondo le non mutate indicazioni originarie del bando e disciplinare di gara (prezzo complessivo offerto da valutarsi al netto dei soli oneri di sicurezza, non soggetti a ribasso, e non anche al netto del costo del personale).

VIII. Sulla base delle sovraesposte considerazioni, fatte le necessarie premesse in diritto e in accoglimento del primo e del quarto motivo di censura, il ricorso incidentale è fondato con conseguente annullamento degli atti della procedura di gara. Il ricorso principale, volto essenzialmente all'annullamento dell'aggiudicazione in capo alla prima classificata, deve essere, pertanto, dichiarato inammissibile per carenza d'interesse.

IX. La richiesta risarcitoria della ricorrente incidentale è integralmente soddisfatta in forma specifica attesa la necessità della riedizione della gara, restando impregiudicate ulteriori azioni a tutela dei propri interessi.

X. Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti, stante la parziale novità delle questioni decise.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla gli atti di gara;
- b) dichiara inammissibile il ricorso principale.

Compensa tra le parti le spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

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