



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1206 del 2012, proposto dalle società Giomarelli Anterivo s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., e Trevi s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso l'avv. Orsola Cortesini in Firenze, via Lamarmora, 14;

contro

Siena Parcheggio s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Pisillo, con domicilio eletto presso l'avv. Domenico Iaria in Firenze, via dei Rondinelli 2;

nei confronti di

Co.Ge.Im. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Bertini e Mauro Mammana, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Bertini in Firenze, via Lorenzo il Magnifico 83;
Tecno.Pal.Con. S.r.l.;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'11.07.2012 prot. U/12/234, con il quale l'appalto per la realizzazione del parcheggio pertinenziale pluripiano interrato di via Garibaldi a Siena è stato affidato dall'ATI CO.GE.IM.;
- della nota del 13.07.2012 prot. U/12/236 con la quale è stata comunicata all'ATI Giomarelli la suddetta aggiudicazione definitiva;
- della nota del 26.06.2012 prot. U/12/213 con la quale la Siena Parcheggio ha comunicato l'esito del subprocedimento di verifica dell'anomalia;
- del quarto verbale della procedura di gara - subprocedimento di verifica di anomalia - del 7.05.2012;
- del verbale della Commissione del giorno 12.03.2012, richiamato dal Presidente della Commissione di verifica dell'anomalia nel verbale del 7.05.2012;
- dell'ottavo verbale della procedura di gara - subprocedimento di verifica di anomalia - del 12.06.2012;
- del verbale della quinta seduta della procedura di gara del 22.06.2012;
- del bando di gara del 22.08.2011;
- del disciplinare di gara del 22.08.2011;
- del diniego tacito di autotutela opposto dalla Stazione appaltante mediante la mancata comunicazione delle proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'ATI Giomarelli nell'informativa effettuata ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs n. 163/06 in data 3.07.2012;

e per quanto occorra

- della nota del 13.01.2012 prot. U/12/24 di avvio del procedimento per l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva del 22.11.2011 disposta in favore dell'ATI Giomarelli;
- del provvedimento del 17.01.2012 prot. U/12/27 con il quale la Siena Parcheggi ha annullato in autotutela il provvedimento del Direttore Generale della Siena Parcheggi prot. U/11/684 del 22.11.2011;
- della nota di Siena Parcheggi del 1.02.2012 prot. U/12/62;
- di ogni altro atto antecedente, connesso o consequenziale a quelli sopra indicati ed espressamente impugnati, ancorchè non conosciuti;
- per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nel frattempo stipulato e per il subentro dell'ATI ricorrente nel contratto stesso, o nel caso in cui ciò fosse impossibile, per il risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Siena Parcheggi s.p.a. e di Co.Ge.Im. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Nel ricorso introduttivo del giudizio le società Giomarelli Anterivo s.r.l. e Trevi s.p.a. espongono di aver partecipato, in associazione temporanea d'impresе, alla procedura aperta indetta dalla Siena Parcheggi s.p.a. per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un parcheggio pertinenziale pluripiano in via Garibaldi in Siena, e di essere risultate, all'esito del confronto concorrenziale con le altre imprese partecipanti, prime graduate in sede di aggiudicazione provvisoria, al secondo posto collocandosi l'ATI capeggiata dalla società Co.ge.im s.r.l.

A seguito di ciò l'offerta delle società ricorrenti è stata quindi sottoposta a verifica di anomalia, che ha dato luogo ad una articolata vicenda procedimentale:

- in una prima fase la verifica di anomalia aveva esito positivo e l'ATI Giomarelli/Trevi veniva dichiarata aggiudicataria definitiva con provvedimento prot. U/11/684 del 22.11.2011;
- l'ATI capeggiata da Co.ge.im proponeva ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione e la stazione appaltante, con provvedimento prot. U/12/27 del 17 gennaio 2012, annullava d'ufficio il proprio precedente atto di aggiudicazione definitiva, facendo riferimento ad un difetto istruttorio in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- la Siena Parcheggi s.p.a. provvedeva poi a riattivare la verifica di anomalia dell'offerta della ATI Giomarelli/Trevi, che si concludeva con nota del 26 giugno 2012 con la quale l'offerta in considerazione veniva dichiarata anomala, cui faceva seguito in data 11 luglio 2012 l'aggiudicazione della gara all'ATI guidata da Co.ge.im.

2 – Con l'atto introduttivo del giudizio le società ricorrenti gravano gli atti in epigrafe indicati, contestando il giudizio di anomalia espresso nei confronti della propria offerta e l'aggiudicazione alla seconda graduata, sulla base delle seguenti censure:

- “Violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e 88 d.lgs. n. 163/06. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà, travisamento dei presupposti di diritto, difetto di motivazione, violazione dei principi di ragionevolezza, logicità, proporzionalità, divieto di aggravio del procedimento, ingiustizia manifesta”. Parte ricorrente contesta il giudizio di anomalia della stazione appaltante, rilevando in particolare la illogicità consistente

nell'aver esplicitato un giudizio positivo sulle giustificazioni avanzate salvo concludere nel senso della anomalia per il fatto formale del discostarsi del costo della manodopera da quanto indicato nel bando, in tal modo fornendo una interpretazione errata dell'art. 81, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/06 (poi abrogato dal d.l. n. 201/2012);

– “Violazione e falsa applicazione dell'art.81, comma 3-bis, 86, comma 3-bis, 87, comma 3, d.lgs. n. 163/06”. Si contesta la interpretazione delle norme della legge di gara laddove porta a ritenere che l'importo del costo della manodopera per € 821.938,96 non sarebbe ribassabile;

– “Violazione dell'art. 55 della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, dell'art. 1 della legge n. 241/90”. Ove l'art. 81, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/06 fosse da interpretare nel senso preteso dalla stazione appaltante esso si porrebbe in contrasto con l'art. 55 della direttiva europea n. 18 del 2004 e andrebbe quindi disapplicato;

– “Violazione e falsa applicazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/06. Eccesso di potere, manifesta contraddittorietà, travisamento dei presupposti di fatto, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, violazione dei principi di ragionevolezza, logicità, proporzionalità, ingiustizia manifesta, mancato contraddittorio”. La ricorrente contesta che, una volta prese come fisse e incompressibili le spese di manodopera e rimodulate quelle per spese generali e utile, l'Amministrazione abbia espresso un giudizio di non sufficienza delle spese generali indicate con particolare riferimento ai costi assicurativi, senza motivare adeguatamente e senza richiedere ulteriori precisazioni alla ricorrente;

– “Violazione dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/06”. Si contesta il diniego tacito di autotutela della stazione appaltante.

3 – Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, la stazione appaltante e la controinteressata. La Siena Parcheggio s.p.a. evidenzia di aver dato applicazione alle previsioni del bando di gara, che se ritenuto illegittimo doveva essere immediatamente impugnato dalle ricorrenti.

4 – La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del giorno 19 dicembre 2012 e sentiti i difensori, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

5 – Come evidenziato nella narrativa in fatto, l'offerta presentata in gara dalle società ricorrenti, che partecipavano in ATI alla procedura, in prima battuta ha superato la verifica di anomalia cui l'ha sottoposta la stazione appaltante (cfr. verbale del 22.11.2011 *sub* doc. 23 di parte ricorrente), la quale però ha successivamente rilevato “un difetto di istruttoria nel procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta” (nota del 13 gennaio 2012, doc. 9 di parte ricorrente), giungendo all'annullamento dell'aggiudicazione originariamente disposta a favore delle ricorrenti proprio in forza dell'evocato difetto di istruttoria nella verifica di anomalia (provvedimento prot. n. U/12/27 del 17 gennaio 2012 *sub* doc. 10 delle ricorrenti). Riattivata la procedura di verifica di anomalia, a seguito dell'annullamento disposto d'ufficio, la stazione appaltante è giunta, all'esito del rinnovato procedimento, a ritenere anomala l'offerta in questione, come da comunicazione alle ricorrenti del 26 giugno 2012 (doc. 3 delle ricorrenti). In particolare la definitiva statuizione circa l'anomalia dell'offerta dell'ATI Giomarelli/Trevi è stata decisa dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 22 giugno 2012 (doc. 6 parte ricorrente) dopo che la Commissione nominata per la verifica medesima nella seduta del 12 marzo 2012 (doc. 4 della stazione appaltante) era giunta ad affermare la necessità di escludere l'offerta Giomarelli/Trevi, conclusioni confermate nei verbali della Commissione del 7 maggio 2012 (doc. 4 delle ricorrenti) e 12 giugno 2012 (doc. 15 delle ricorrenti).

6 – Assume importanza centrale, come già rilevato, il richiamato verbale del 12 marzo 2012 (doc. 4 di Siena Parcheggio), in quanto è in quella sede che vengono evidenziati i profili che ad avviso della stazione appaltante devono condurre alla esclusione dell'offerta delle società ricorrenti dalla gara. In esso si evidenzia come la Commissione costituita per la valutazione dell'anomalia dell'offerta Giomarelli/Trevi abbia proceduto a richiedere nuove giustificazioni all'offerente, al fine di superare il difetto istruttorio riscontrato nella precedente verifica di

anomalia, conclusasi con esito positivo per le attuali ricorrenti, in particolare incentrando l'attenzione sui profili delle spese generali e degli utili afferenti alla manodopera. In esito alla rinnovata valutazione la Commissione evidenzia che "dall'analisi condotta sulle predette schede è emerso un giudizio tecnico complessivo positivo sulla coerenza tecnica di quanto esposto"; essa evidenzia tuttavia che l'importo globale del costo del personale è stato stimato, come costo vivo della manodopera, in € 698.502,99, quindi inferiore a quello di € 821.938,96 stimato dall'Amministrazione appaltante e indicato nel bando di gara; ciò porta la Commissione stessa a concludere nel senso che "pur valutando le giustificazioni prodotte dall'ATI Giomarelli –Trevi condivisibili sotto il profilo tecnico, ritiene che le stesse violino i presupposti del bando che stabilisce che il costo della manodopera non sia soggetto a ribasso". Le società Giomarelli e Trevi, pur ritenendo illegittimo tale giudizio nella misura in cui impediva di giustificare un costo inferiore della manodopera adeguatamente giustificato, hanno tentato di dimostrare ulteriormente la sostenibilità della loro offerta prendendo a riferimento il costo della manodopera come indicato dalla stazione appaltante ma conservando invariata l'offerta complessiva, compensando il maggior costo per il personale con una riduzione degli utili e delle spese generali (cfr. gli allegati depositati *sub* doc. 31 di parte ricorrente). Ma la Commissione, con i verbali del 12 e 22 giugno 2012 confermava il proprio giudizio di anomalia (cfr. doc. 5 e 6 di parte ricorrente).

7 – Con i primi tre motivi di ricorso, che possono essere fatti oggetto di congiunto esame, le ricorrenti contestano il giudizio di anomalia cui la Commissione è giunta nel verbale del 12 marzo 2012, evidenziando la illogicità consistente nell'esprimere un giudizio positivo sulle giustificazioni avanzate salvo concludere nel senso della anomalia per il fatto formale del discostarsi del costo della manodopera da quanto indicato nel bando; contestano che il costo della manodopera sia in termini assoluti non ribassabile, anche in vigenza dell'art. 81, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/06; evidenziando comunque che ove l'art. 81, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/06 fosse da interpretare nel senso preteso dalla stazione appaltante esso si porrebbe in contrasto con l'art. 55 della direttiva europea n. 18 del 2004 e andrebbe quindi disapplicato.

8 – Le soprarichiamate censure sono fondate, nei termini di seguito specificati.

9 - Osserva in primo luogo il Collegio che l'offerta dell'ATI Giomarelli/Trevi, anche in esito alla verifica di anomalia nuovamente effettuata in data 12 marzo 2012, è stata giudicata in sé giustificata e coerente e tale da non meritare una valutazione di offerta anormalmente bassa. Infatti la Commissione valuta espressamente "le giustificazioni prodotte dall'ATI Giomarelli/Trevi condivisibili sotto il profilo tecnico" e parla di "giudizio tecnico complessivo positivo sulla coerenza tecnica di quanto esposto" dall'ATI offerente. Dunque l'offerta in considerazione è stata giudicata dall'organo tecnico competente ad esaminarla come giustificata e coerente sotto un profilo tecnico-economico. La stessa Commissione è giunta tuttavia a formale un giudizio di anomalia della medesima offerta ritenendosi a ciò vincolata dalla disciplina di gara che stabiliva come non ribassabile il costo della manodopera, indicato in ammontare determinato in sede di bando di gara, laddove l'offerta delle società ricorrenti contemplava un costo della manodopera inferiore a quello previsto dalla stazione appaltante. Il bando di gara (cfr. doc. 7 di parte ricorrente), in effetti, parlava di "importo delle spese relative al costo del personale non oggetto di offerta: € 821.938,96", mentre l'offerta delle ricorrenti contemplava un costo per la manodopera pari a € 698.502,99" (come risulta dal più volte richiamato verbale del 13 marzo 2012).

10 - Deve essere in secondo luogo evidenziato che la previsione di gara e l'esito cui è giunta la stazione appaltante in sua applicazione – non riducibilità del costo per la manodopera stabilito in sede di disciplina di gara – rappresenta l'attuazione del disposto normativo di cui all' art. 81, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/06, introdotto nel Codice dei contratti pubblici dall'art. 4 del decreto-legge 13 maggio 2011 e quasi subito abrogato dall'art. 44 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, ma tuttavia vigente al momento della pubblicazione del bando di gara. Il

citato art. 81, comma 3-*bis*, stabiliva 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” e l’Amministrazione l’ha interpretato e applicato stabilendo l’ammontare del costo della manodopera, inteso come ammontare determinato e non ribassabile.

11 - Rileva tuttavia il Collegio, in aderenza alla prospettazione della parte ricorrente, che la previsione normativa sopra richiamata, nella parte in cui implica l’esclusione in via automatica di un’offerta a causa del superamento del costo della manodopera come stimato dalla stazione appaltante, senza possibilità che il singolo operatore economico giustifichi in concreto le ragioni dello scostamento, è da ritenere in contrasto con il diritto comunitario e deve conseguentemente essere disapplicata dal giudice nazionale. Il contrasto con la normativa comunitaria è palese, se si prende in esame il disposto di cui all’art. 55 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 che, al comma 1, prevede che “se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta in questione”. Il medesimo comma prosegue indicando i profili in relazione ai quali possono essere richieste le sopra richiamate precisazioni e tra gli altri contempla anche “il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione”. La normativa europea è dunque esplicita nel prevedere, anche con riferimento al rispetto della normativa lavoristica, che la stazione appaltante richieda agli operatori economici partecipanti alla selezione giustificazioni in ordine all’ammontare delle offerte dagli stessi presentate e implica quindi la illegittimità comunitaria della disciplina di cui all’art. 81, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 laddove consente l’esclusione automatica delle offerte per superamento dei costi della manodopera unilateralmente fissati dalla stazione appaltante e la conseguente disapplicazione della norma interna in contrasto con quella comunitaria. Alla disapplicazione dell’art. 81, comma 3-*bis* cit. consegue la illegittimità del giudizio di anomalia formulato nella specie nei confronti dell’offerta Giomarelli/Trevi in quanto fondato sul superamento in sé, senza possibilità di presentare giustificazioni, del costo della manodopera così come fissato nel bando di gara.

12 – Resta da valutare, stante la sua possibile portata preclusiva all’esito del giudizio sin qui raggiunto, l’eccezione formulata dalla stazione appaltante, che ha eccepito la tardività dell’impugnazione del bando, ove ritenuto illegittimo, stante la portata immediatamente lesiva delle norme cui essa ha dato applicazione.

L’eccezione è infondata.

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale sono clausole del bando immediatamente lesive e quindi da impugnare autonomamente senza attendere la loro concreta applicazione da parte della stazione appaltante le clausole c.d. <espulsive>, che determinano cioè una certa e automatica preclusione alla partecipazione alla selezione da parte di un certo operatore economico. Tale non può essere considerata la clausola di cui si è sin qui discusso, stante la sua complessa interpretazione e in considerazione anche del fatto che l’effetto espulsivo non era sicuramente certo e automatico, soprattutto se si considera che la stessa stazione appaltante avrebbe dovuto disapplicare la previsione di bando in contrasto con il diritto comunitario, in applicazione del principio stabilito dalla Corte di Giustizia CE nella sentenza Fratelli Costanzo (22 giugno 1989, causa C-103/88). D’altra parte la giurisprudenza ha evidenziato che l’onere di immediata impugnazione del bando sussiste solo per quelle clausole che impediscano *in limine* la partecipazione alla procedura di determinati soggetti senza che sia necessaria attività interpretativa, sulla base di prescrizioni inequivoche (TAR Milano, IV, 21.11.2012, n. 2828; TAR Napoli, sez. I, 3.4.2012, n. 1550).

13 – Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

14 – Il Collegio stima equo disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio, stante la complessità e novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, nei sensi di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2013

IL SEGRETARIO

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