

N. 00249/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00261/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna
sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 261 del 2009 proposto da Aldia Coop. soc. Società Cooperativa, in persona del Presidente Mattia Affini, rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Salomoni, dall'avv. Paola Cipolloni e dall'avv. Matteo Sollini, e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Parma, b.go Antini n. 3;

contro

il Comune di Piacenza, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Elena Vezzulli e dall'avv. Ermanno Lorenzetti, ed elettivamente domiciliato in Parma, via Cantelli n. 9, presso l'avv. Paolo Zucchi;

nei confronti di

Coopselios Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t. Guido Saccardi, difesa e rappresentata dall'avv. Roberto Ollari e

dall'avv. Federico Zanichelli, e presso il primo elettivamente domiciliata in Parma, borgo Zaccagni n. 1;

per l'annullamento

- quanto all'atto introduttivo della lite - del provvedimento prot. gen. n. 0059314 del 24 agosto 2009, con cui il Comune di Piacenza ha dato comunicazione alla società ricorrente della sua esclusione dalla gara per l'affidamento del "servizio di assistenza per l'integrazione scolastica degli alunni disabili o in condizioni di disagio socio-economico per certificate e documentate cause presso le scuole cittadine", nonché delle comunicazioni prot. gen. n. 0053289 del 23 luglio 2009 (richiesta di integrazione alle "giustificazioni" allegate all'offerta) e prot. n. 0055971 del 4 agosto 2009, e – per quanto occorrer possa – del bando di gara, delle norme di gara e del capitolato speciale d'appalto;

- quanto agli atti di "motivi aggiunti" depositati il 1° ottobre e il 26 ottobre 2009 - della determinazione dirigenziale del 14 settembre 2009, recante l'approvazione degli atti di gara e l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata;

- quanto all'atto di "motivi aggiunti" depositato il 31 marzo 2011 - della determinazione dirigenziale n. 146 del 15 febbraio 2011, recante l'approvazione dei verbali della Commissione giudicatrice in data 25 gennaio e 1° febbraio 2011 e l'adozione di un nuovo atto di esclusione della società ricorrente dalla gara;

.....per la declaratoria.....

di inefficacia del contratto d'appalto sottoscritto con la controinteressata;

.....per la condanna.....

dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Piacenza e di Coopselios Soc. coop.;

Visti gli atti di "motivi aggiunti" depositati il 1° ottobre 2009, il 26 ottobre 2009 e il 31 marzo 2011;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista la sentenza non definitiva n. 553 del 22 dicembre 2010;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, alla pubblica udienza del 29 giugno 2011 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Piacenza indiceva una gara, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del "servizio di assistenza per l'integrazione scolastica degli alunni disabili o in condizioni di disagio socio-economico per certificate e documentate cause presso le scuole cittadine", relativamente agli anni scolastici 2009/2010, 2010/2011 e 2011/2012;

fissato, in particolare, l'importo complessivo dell'appalto in € 2.299.983,20 oltre IVA, veniva stabilito che l'offerta economica avrebbe dovuto essere espressa in percentuale unica di ribasso rispetto all'importo orario di € 23,66 per il personale addetto all'assistenza socio-relazionale e di € 20,66 per il personale addetto all'assistenza specialistica, e che l'offerta avrebbe dovuto essere altresì corredata delle giustificazioni preventive ex art. 86, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006. La società ricorrente, che aveva formulato un ribasso unico del 9%, risultava collocata al primo posto della graduatoria e, per avere ottenuto un punteggio superiore ai quattro quinti del massimo previsto, vedeva sottoposta la sua offerta alla verifica di congruità di cui all'art. 87 del d.lgs. n. 163 del 2006. In tale sede la stazione appaltante acquisiva prima i chiarimenti scritti della ditta circa la composizione dell'offerta e poi le delucidazioni della stessa nel corso dell'audizione orale del 18 agosto 2009, per poi comunicare alla ditta l'esclusione dalla gara in ragione dell'anomalia dell'offerta, nell'assunto che il costo orario medio del lavoro si presentava ingiustificatamente inferiore a quello previsto dalle tabelle di cui al d.m. 24 febbraio 2009, che era inammissibile a tale fine la giustificazione imperniata sul possibile ricorso ai fondi ricompresi nelle "spese generali" e quindi destinati ad altro uso, che si era indebitamente preso in considerazione il CCNL del gennaio 2009 anziché quello che sarebbe entrato in vigore nel dicembre successivo, che risultava violato il disposto dell'art. 12, ultima parte, del capitolato

speciale d'appalto (v. nota prot. n. 0059314 del 24 agosto 2009).

Avverso l'atto di esclusione dalla gara e gli altri atti a questo collegati ha proposto impugnativa la società ricorrente. Imputa all'Amministrazione di non avere tenuto conto che il costo orario del lavoro era stato in realtà suddiviso in due voci e che al loro importo complessivo si sarebbe dovuto dunque fare riferimento; nega che con il richiamo alla voce ricompresa nelle "spese relative all'attuazione di quanto offerto nel progetto tecnico" (non nelle spese generali) si fossero *ex post* diversamente allocati i fondi necessari alla copertura del costo orario del lavoro, in realtà fin dall'inizio accantonati a tale scopo; assume che nessuna norma di gara vietasse la suddivisione delle voci di spesa nel modo ora stigmatizzato dalla stazione appaltante, e che in ogni caso – ai fini del giudizio di anomalia – una certa ripartizione dei costi, ove anche imprecisa, non è in sé incompatibile con una valutazione che senza rigidità privilegi la sostanza sulla forma, in vista dell'accertamento dell'affidabilità complessiva dell'offerta; censura il rilievo fondato sull'omessa applicazione del nuovo contratto collettivo di lavoro, per non essere mai stata mossa alla ditta una simile contestazione (con conseguente violazione del principio del contraddittorio), e comunque per essersi così assegnato rilievo ad oneri che, per riguardare solo una fase successiva del rapporto contrattuale, daranno diritto al conseguente adeguamento del corrispettivo del servizio da parte dell'Amministrazione, tenuto altresì conto della circostanza che si

sarebbe dovuto verificare se, in ragione di tale minimo scostamento, l'offerta ne risultasse nel suo complesso incongrua; si duole, infine, del difetto di motivazione e di istruttoria, per essersi l'Amministrazione arrestata all'accertamento di presunte irregolarità formali o di asserite imprecisioni nell'indicazione delle voci di spesa, senza appurare se e per quali ragioni l'offerta risultasse complessivamente inattendibile. Di qui la richiesta di annullamento degli atti impugnati e di condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio il Comune di Piacenza, resistendo al gravame.

Venuta a conoscenza dell'aggiudicazione dell'appalto alla ditta Coopselios, la società ricorrente ha impugnato con "motivi aggiunti" (depositati il 1° ottobre 2009) gli atti di gara. Fa valere l'invalidità derivata dall'illegittimità della sua esclusione; insiste sull'irregolarità, sotto molteplici profili, della verifica di anomalia che l'ha riguardata, anche alla luce di quanto emergerebbe dai verbali della Commissione di gara e da ulteriori atti depositati in giudizio dall'Amministrazione; contesta l'analoga verifica compiuta in riferimento all'offerta dell'impresa aggiudicataria; deduce che, in sede di esame delle offerte tecniche, si era indebitamente provveduto a vagliare taluni elementi a valutazione automatica prima di quelli a valutazione discrezionale.

Si è successivamente costituita in giudizio la Coopselios, opponendosi

all'accoglimento del gravame.

L'istanza cautelare della ricorrente veniva respinta dalla Sezione alla Camera di Consiglio del 6 ottobre 2009 (ord. n. 197/09).

Con ulteriori "motivi aggiunti" (depositati il 26 ottobre 2009) la ricorrente ha proposto altri motivi di doglianza. Denuncia come dai verbali di gara e dalla relazione comunale depositata in giudizio emerge l'erroneità, per più ragioni, del richiamo al "costo tabellare" posto a base della verifica di congruità del costo orario del personale; assume il carattere meramente indicativo delle tabelle ministeriali in materia, e quindi la possibilità che l'impresa se ne discosti fornendo un'adeguata motivazione della propria condotta; prospetta l'illegittimità della scelta di sottoporre contemporaneamente alla verifica di anomalia l'offerta dell'altra ditta, oltretutto confrontandone le giustificazioni; censura il capitolato speciale d'appalto nella parte in cui (art. 12) dovesse essere inteso nel senso che sono vincolanti per i concorrenti anche le tabelle ministeriali e non solo i trattamenti salariali previsti dai contratti collettivi di lavoro.

Con sentenza non definitiva n. 553 del 22 dicembre 2010 la Sezione accoglieva parzialmente il ricorso, nell'assunto che l'esclusione della ricorrente dalla gara fosse viziata da difetto di istruttoria e di motivazione, e in ragione di ciò annullava il relativo atto mentre rinviava la pronuncia sulle altre domande giudiziali all'esito della rinnovazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, da effettuare secondo le modalità indicate e nel termine

all'uopo stabilito.

In ottemperanza a tale decisione la Commissione giudicatrice convocava i rappresentanti della società ricorrente per provvedere, in contraddittorio, ad un nuovo accertamento di congruità, operazioni che si concludevano poi con la reiterata qualificazione dell'offerta come «anormalmente bassa» e quindi incompatibile con l'affidamento dell'appalto (v. verbali in data 25 gennaio e 1° febbraio 2011). L'esito veniva fatto proprio dall'Amministrazione con la determinazione dirigenziale n. 146 del 15 febbraio 2011, recante la definitiva esclusione della società ricorrente dalla gara per anomalia dell'offerta. Avverso il nuovo atto di estromissione dalla procedura selettiva ha proposto impugnativa l'interessata a mezzo atto di "motivi aggiunti" depositato il 31 marzo 2011. Imputa alla Commissione giudicatrice di non avere preso in considerazione le ulteriori economie di spesa da essa indicate, nonostante le stesse non alterassero il contenuto della proposta economica e tecnica, garantissero una corretta valutazione della sostenibilità dell'offerta e rispettassero il criterio della rinnovazione della verifica "ora per allora", consentendo la sostanziale copertura del costo complessivo della manodopera individuato dall'Amministrazione nella somma di € 1.853.679,35 ma più correttamente quantificabile in € 1.842.336,68; lamenta, ancora, di essere stata convocata dalla Commissione giudicatrice senza una preventiva richiesta di chiarimenti, così venendo disattese sia le statuizioni del giudice sia le regole procedurali a tal fine previste

dall'art. 88 del d.lgs. n. 163 del 2006; censura, poi, l'indebita partecipazione ai lavori della Commissione giudicatrice di un soggetto (il Responsabile del Servizio Acquisiti e gare dell'Amministrazione comunale) che non ne era stato a suo tempo membro; si duole, infine, sotto più profili, dei quesiti posti dall'organo collegiale e dei contenuti e modalità di redazione del verbale. Di qui la richiesta di annullamento del nuovo atto di esclusione dalla gara, di declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto sottoscritto con la controinteressata e di condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno.

All'udienza del 29 giugno 2011, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Va premesso che con sentenza non definitiva n. 553 del 22 dicembre 2010 la Sezione si era così espressa nelle sue conclusioni: *“...Di qui l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente per difetto di motivazione e di istruttoria, avendo l'Amministrazione fatto discendere il giudizio di anomalia dell'offerta – per insufficienza dei fondi relativi al costo del personale – da un'asserita indebita trasmigrazione da una voce di spesa all'altra della somma a tal fine indicata in sede di “giustificazioni” e dall'erronea determinazione del trattamento retributivo dei dipendenti in applicazione di un accordo collettivo valevole solo per i primi mesi di esecuzione dell'appalto, laddove – come si è visto – nulla si opponeva a che, presi in esame i fondi oggetto di accantonamento tra le voci di cui all'art. 19, lett. a), del capitolato speciale d'appalto e verificato l'effettivo impatto dei maggiori costi del nuovo contratto collettivo di lavoro sulla*

spesa complessiva dell'appaltatore, si vagliasse se la ripartizione degli oneri indicati dalla ricorrente in sede di "giustificazioni" ostava in concreto alla copertura del costo del personale nel suo complesso. Assorbite le restanti censure, quindi, l'atto di esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta va annullato. Ne consegue, nel rispetto delle statuizioni contenute nella presente pronuncia, la necessità di rinnovazione "ora per allora" (cioè con riferimento allo stato di fatto e alle condizioni vigenti nel momento in cui è stato adottato l'atto oggetto di annullamento) del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della società ricorrente, cui è tenuta, in contraddittorio, l'Amministrazione appaltante nell'esercizio di un'attività tecnico-valutativa rimessa al suo autonomo giudizio, mentre il giudice, che non può sostituirsi al titolare delle relative funzioni, si limiterà a sindacarne ex post, su formale richiesta della ditta, eventuali ulteriori profili di cattivo esercizio del potere. Le restanti domande giudiziali, implicando che preventivamente si accerti – in esito alla ripetizione del giudizio di anomalia – se l'offerta della ricorrente deve essere o meno qualificata anomala e se dunque se ne era legittimamente decretata l'esclusione dalla gara, potranno essere esaminate solo dopo il compimento di tali operazioni (per un caso analogo v. Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2002 n. 157). In conclusione, va disposto che il Comune di Piacenza provveda, in conformità di quanto specificato dal Collegio, alla rinnovazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della società ricorrente, adottando determinazioni motivate e conclusive circa la congruità di detta offerta ...". Si tratta quindi di vagliare le ulteriori determinazioni assunte dall'Amministrazione comunale, alla luce delle censure formulate dalla società ricorrente, che nel persistente giudizio di

offerta anormalmente bassa ravvisa molteplici profili di irregolarità, tali da inficiarne – a suo dire – la correttezza.

Ora, all'esito della rinnovazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la Commissione giudicatrice ha accertato che, a fronte dell'importo complessivo di spesa per il personale da quantificare in una cifra non inferiore a € 1.853.679,35, la società ricorrente aveva per tale parte considerato a proprio carico un onere di € 1.745.730,10, con una deficienza quindi di € 107.949,25, tale da rendere non remunerativa l'offerta anche se si fosse conteggiata quella somma di € 40.827,61 che era stata accantonata dalla ditta nella voce "spese relative all'attuazione di quanto offerto nel progetto tecnico" (pag. 11) e che l'Amministrazione comunale si era inizialmente rifiutata di prendere in considerazione. Né la Commissione giudicatrice ha valutato utili allo scopo gli ulteriori risparmi indicati dalla ditta a copertura della parte di spesa residuale, e ciò sia perché si sarebbe trattato di una tardiva rideterminazione dell'offerta, sia perché si sarebbero adottati risparmi del tutto "ipotetici", sia perché si sarebbero in parte disattesi gli accordi di lavoro relativi ai soci delle cooperative e si sarebbe anche violata la normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari degli appalti pubblici.

Il Collegio valuta corretto, e assorbente degli altri profili di inammissibilità rilevati dalla Commissione, il giudizio di inidoneità delle nuove economie di spesa fondato sul carattere meramente "ipotetico" degli elementi adottati. Quanto, in effetti, al risparmio sul

canone di locazione della sede in Piacenza – pari a € 22.200,00 (con riduzione della spesa dagli iniziali € 51.000,00 ai finali € 28.800,00) –, non risulta documentata una simile circostanza con concrete offerte negoziali o con la produzione di contratti relativi ad immobili con analoga destinazione, sicché la sola informativa di un mediatore immobiliare si presenta carente di riscontri oggettivi ed è in sé inadeguata a comprovare il quasi dimezzamento della spesa inizialmente prospettata, tanto più che si sarebbe dovuto anche tenere conto di quanto necessario per rendere effettivamente operativa la sede, e cioè per arredarla, sostenerne le ordinarie spese di funzionamento, ecc. Quanto, poi, al risparmio di € 6.048,00 per la fornitura di strumenti di rilevazione elettronica delle presenze, si presenta ugualmente ipotetica una disponibilità che, pur riferita alla ditta ricorrente e all'area di Piacenza, non risulta espressamente attribuita all'appalto di che trattasi, esigenza tanto più avvertita, del resto, dopo che i giustificativi originari prospettavano una spesa decisamente superiore. Si può, quindi, prescindere dalla questione del risparmio di spesa per l'impiego dello "psicologo" socio della cooperativa e dalle restanti economie evidenziate, visto che già solo lo stralcio delle voci suindicate impedisce la copertura del costo del personale così come invocata dalla ricorrente (anche a fronte di un costo complessivo eventualmente corretto da € 1.853.679,35 in € 1.842.336,68), indipendentemente dalla legittimità delle restanti valutazioni dell'Amministrazione; è noto, infatti, che quando un atto

amministrativo sia legittimamente fondato su di una ragione di per sé sufficiente a sorreggerlo diventano irrilevanti le ulteriori censure dedotte dal ricorrente avverso le altre ragioni opposte dall'Autorità emanante a rigetto della sua istanza.

Difettano, poi, i vizi procedurali denunciati dalla ricorrente. La diretta convocazione dei rappresentanti della ditta – senza procedere ad una preventiva richiesta di chiarimenti (che la sentenza n. 553/2010 aveva considerato una mera eventualità) – ha comunque consentito all'interessata di fornire le precisazioni considerate idonee e non ha di fatto pregiudicato la sua posizione, come confermato dalla circostanza che non è stata data prova di possibili ulteriori elementi che si sarebbero introdotti nel procedimento ove alla stessa fosse stato concesso un termine per far valere le proprie ragioni. Né inficia i lavori della Commissione giudicatrice il rilievo che alla verifica di anomalia abbia concorso il Responsabile del Servizio Acquisti e gare del Comune di Piacenza, essendo riconducibile la competenza in materia alla stazione appaltante e non alla commissione di gara (v., tra le altre, TAR Lazio, Sez. III, 21 gennaio 2011 n. 643), onde nulla si oppone a che le relative valutazioni siano compiute con la partecipazione del dirigente del settore.

Quanto, infine, alle censure riguardanti i quesiti posti dalla Commissione in sede di rinnovazione della verifica di anomalia e le modalità di verbalizzazione della relativa attività, è sufficiente osservare come le doglianze riguardino unicamente l'accantonamento

della somma di € 40.827,61 e la relativa incidenza sul giudizio finale, sicché la circostanza che l'accertata inammissibilità di altre economie di spesa ha di per sé rivelato la non remuneratività dell'offerta rende a questo punto ininfluenza sull'esito della verifica ogni aspetto del procedimento che non metta in discussione quell'inammissibilità.

In conclusione, le censure proposte con l'atto di "motivi aggiunti" depositato il 31 marzo 2011 vanno respinte. Ne deriva il rigetto delle restanti domande, posto che, quando in sede giurisdizionale viene annullato un provvedimento amministrativo per vizi di ordine formale o comunque per vizi di difetto di istruttoria e motivazione – che non escludono e, anzi, consentono il riesercizio del potere –, la domanda di risarcimento del danno non può essere valutata se non all'esito del nuovo esercizio del potere, con la conseguenza che, se l'atto negativo viene reiterato, il sopravvenuto provvedimento che risulti esente da vizi escluderebbe la sussistenza di un danno risarcibile derivante dal primo provvedimento (v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4435).

Resta da vagliare, perché a suo tempo non esaminata, la censura con cui si era denunciato un vizio della gara che, se sussistente, avrebbe imposto una rinnovazione integrale della gara stessa; si tratta, in particolare, della doglianza imperniata sulla presunta attribuzione dei punteggi relativi ad elementi a valutazione automatica prima dell'esame di elementi soggetti a valutazione discrezionale (v. pagg. 17-18 dell'atto di "motivi aggiunti" depositato il 1° ottobre 2009).

Sennonché, indipendentemente dalla sussistenza o meno del vizio denunciato, appare decisivo il rilievo che, essendo risultata la sua offerta come la migliore – anche se poi se ne è disposta l'esclusione perché anormalmente bassa –, la ditta ricorrente non ha legittimazione a far valere un'irregolarità che non ha pregiudicato la migliore valutazione dell'offerta presentata.

Le spese di lite, attesa la complessità delle questioni dedotte, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ad integrazione della sentenza non definitiva n. 553 del 22 dicembre 2010, così provvede:

- respinge la domanda di annullamento dell'esclusione della società ricorrente dalla gara disposta con determinazione dirigenziale n. 146 del 15 febbraio 2011;
- respinge le restanti domande, ivi compresa quella risarcitoria.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Parma, nella Camera di Consiglio del 29 giugno 2011, con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Italo Caso, Consigliere, Estensore

Emanuela Loria, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2011

IL SEGRETARIO

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