



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1906 del 2012, proposto da:

Artemisia società cooperativa in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gualtiero Pittalis e Giacomo Matteoni, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

contro

Nuova Scena società cooperativa in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Macchine Celibi società cooperativa, che pure agisce in proprio, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Fomasari e Cristina Rimondi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Fomasari in Roma, viale Aldini n. 88;

nei confronti di

Comune di Imola in persona del Sindaco in carica;

sul ricorso in appello numero di registro generale 2057 del 2012, proposto da:

Comune di Imola in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Silvia Gotti, con domicilio eletto presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

Nuova Scena società cooperativa in persona del legale rappresentante e Macchine Celibi società cooperativa in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Fomasari e Cristina Rimondi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Fomasari in Roma, viale Aldini 88;

nei confronti di

Artemisia società cooperativa in persona del legale rappresentante;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo dell'Emilia – Romagna, sede di Bologna, Sezione II, n. 00043/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di supporto alle attività teatrali e culturali e dei servizi tecnici del settore cultura del Comune di Imola

Visti i ricorsi in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Nuova Scena società cooperativa in proprio e quale capogruppo mandataria di raggruppamento temporaneo di imprese;

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 18 dicembre 2012 il Cons. Manfredi Atzeni e uditi per le parti gli avvocati F. Pittalis, A. Fornasari S. Gotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, rubricato al n. 689/11, Nuova Scena società cooperativa e Le Macchine Celibi società cooperativa impugnavano:

- gli atti con cui il Comune di Imola aveva indetto, disciplinato, svolto ed aggiudicato la gara, alla quale avevano partecipato in raggruppamento temporaneo, per l'affidamento dei servizi di supporto alle attività teatrali e culturali e dei servizi tecnici del settore cultura strettamente legati ai rapporti con l'utenza ed i servizi tecnici per il periodo (originariamente) 1.5.2011- 30.4.2016 ed in particolare il bando di gara in parte qua;

- il capitolato speciale d'appalto ed il disciplinare di cui alla determinazione dirigenziale 1351 del 31.12.2010;

- la determinazione dirigenziale n. 219 del 19.4.2011 recante "approvazione verbali di procedura aperta e assegnazione provvisoria dei servizi di supporto...";

- gli atti con cui sono stati verificati tutti i requisiti richiesti per l'affidamento;

- la determinazione dirigenziale n. 219 del 19.04.2011 di assegnazione provvisoria del servizio;

- la determinazione dirigenziale n. 261 del 26.4.2011 di "assegnazione definitiva dei servizi di supporto alla coop. Artemisia";

- gli atti dirigenziali con cui è stata nominata la commissione tecnica per la valutazione delle offerte dei partecipanti;

- i verbali della commissione tecnica del 28 marzo 2011, del 30 marzo 2011, del 31 marzo 2011, del 4 aprile 2011, del 7 aprile 2011; i verbali di altra commissione tecnica, istituita con atto sconosciuto del Dirigente settore cultura, del 13 aprile 2011, del 18 aprile 2011 ore 9, e del 18 aprile 2011 ore 16,30;

- ogni altro atto ad essi presupposto, connesso o consequenziale, ancorché sconosciuto.

Le ricorrenti con il primo motivo di ricorso deducevano violazione dell'articolo 83 del decreto legislativo n. 163/2006 per la mancata indicazione nel bando di gara dei sub-criteri e dei pesi da attribuire in sede di valutazione dell'offerta; con il terzo motivo deducevano la mancata indicazione nel bando degli elementi di valutazione della capacità economica e finanziaria; con il secondo motivo di ricorso deducevano violazione dell'articolo 11 del capitolato di gara nonché degli articoli 86, 87, 88 del codice degli appalti per la mancata esclusione della controinteressata, in quanto la stessa avrebbe presentato un'offerta anomala per il fatto di avere proposto, relativamente al servizio di biblioteca, un costo del lavoro orario inferiore a quello previsto dalle tabelle ministeriali.

Le ricorrenti chiedevano quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Con la sentenza in epigrafe, n. 43 in data 24 gennaio 2012, il Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, accoglieva il ricorso e, per l'effetto, annullava l'aggiudicazione disposta in favore della

controinteressata.

2. Avverso la predetta sentenza propongono separati appelli Artemisia società cooperativa (n. 1906/12) ed il Comune di Imola (n. 2057/12) contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Si sono costituite in entrambi i giudizi Nuova Scena società cooperativa e Le Macchine Celibi società cooperativa chiedendo il rigetto degli appelli.

Con successive memorie le appellanti rilevano che la ricorrente in primo grado con provvedimenti adottati in pendenza del presente giudizio è stata esclusa dal procedimento, per cui sarebbe venuto meno l'interesse all'impugnazione.

Su questo e sugli altri argomenti le parti hanno scambiato memorie.

Le cause sono state assunte in decisione alla pubblica udienza del 18 dicembre 2012.

DIRITTO

Gli appelli in epigrafe devono essere riuniti onde definirli con unica decisione in quanto riguardano la stessa sentenza di primo grado.

Preliminarmente, deve essere rilevato che l'avvenuta esclusione della ricorrente in primo grado dalla gara d'appalto, sopravvenuta nelle more del presente procedimento, non fa venir meno il suo interesse all'impugnazione posto che il relativo provvedimento è stato a suo volta impugnato e risulta essere ancora "*sub judice*".

Di conseguenza permane la possibilità, per l'odierna appellata, di conseguire l'aggiudicazione.

Nel merito, gli appelli in epigrafe sono fondati.

Il primo giudice ha accolto l'impugnativa proposta dalle odierne appellate in quanto l'aggiudicataria della gara di cui in narrativa, odierna appellante, avrebbe strutturato la sua offerta prevedendo un costo del lavoro non compatibile con i minimi tariffari di cui al decreto del Ministro del lavoro in data 25 febbraio 2009 (così testualmente a pag. 7 della sentenza appellata).

Le appellanti contestano tale dato affermando che:

- a) ai sensi dell'art. 87, terzo comma, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, solo la violazione dei trattamenti retributivi minimi comporta l'esclusione automatica dell'offerta;
- b) il primo giudice è incorso in ultrapetizione in quanto l'odierna appellante con il ricorso in primo grado ha giustappunto denunciato tale illegittimità, per cui sarebbe estranea al giudizio l'indagine sulla sostenibilità dell'offerta condotta in sede istruttoria in primo grado;
- c) anche la relazione istruttoria predisposta è andata oltre quanto richiesto dal giudice in quanto questa ha avuto per oggetto il rispetto dei minimi tariffari, mentre il verificatore ha valutato la sostenibilità complessiva dell'offerta;
- d) comunque, l'indagine svolta ha portato ad un risultato erroneo in quanto lo scostamento dalle tabelle ministeriali non solo è stato adeguatamente giustificato ma riguarda solo una parte ridotta del servizio complessivo oggetto dell'appalto per cui anche a voler seguire la logica dell'odierna appellata l'offerta risulterebbe complessivamente sostenibile o, quanto meno, non sarebbe stata dimostrata la sua anomalia.

Osserva il Collegio che nel corso del dibattito processuale si sono manifestate delle incertezze circa l'esatto contenuto delle censure proposte dall'odierna appellata.

Peraltro, deve essere osservato come quest'ultima nell'atto introduttivo del giudizio fondi l'impugnazione sulla violazione degli artt. 86, 87 ed 88 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Non è quindi condivisibile la tesi degli appellanti secondo la quale l'argomentazione svolta riguarda solo la violazione dei minimi tariffari, considerati solo dall'art. 87, terzo comma, del richiamato decreto legislativo.

E' invece fondata l'ulteriore argomentazione con la quale gli appellanti sostengono che il primo giudice è giunto

ad affermare l'insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria sulla base di elementi insufficienti e, deve essere aggiunto, sulla base di una censura incompleta.

Osserva il Collegio come sia pacifico in giurisprudenza il principio secondo il quale il giudizio di anomalia dell'offerta per l'aggiudicazione di una gara d'appalto presupponga necessariamente l'esame dell'offerta stessa nella sua globalità, mentre non può portare all'espressione del suddetto giudizio l'accertamento dell'inverosimiglianza di un suo elemento (da ultimo C. di S., IV, 23 luglio 2012, n. 4206: ai sensi dell'art. 88 settimo comma del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira invece ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o no e se sia serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto; in tema di aggiudicazione di un appalto e in sede di contraddittorio correlato alla verifica dell'anomalia dell'offerta è consentito un limitato rimaneggiamento degli elementi di quest'ultima, a condizione che la proposta contrattuale non venga modificata e non venga alterata la sua logica complessiva).

Nel caso di specie, l'odierna appellata ha censurato l'aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta sulla base del costo di lavoro indicato per uno solo dei servizi che ne costituivano l'oggetto, consistente nella gestione di documenti presso la Biblioteca comunale di Imola e delle sue sezioni.

Al riguardo, è rimasta priva di contestazione l'affermazione degli appellanti secondo la quale il servizio di cui si tratta comporta un impegno di circa 23.970 ore lavorative, contro un monte ore globale di circa 74.318 ore.

La differenza riguarda quindi esclusivamente il costo del lavoro e solo una sua parte, per quanto di rilievo.

Osserva quindi il Collegio che il problema dell'incidenza di tale elemento nella logica globale dell'offerta dell'aggiudicataria non è stato nemmeno affrontato dalle ricorrenti in primo grado.

Inoltre, deve essere rilevato come sia dubbia l'effettiva incidenza dell'anomalia di cui si tratta.

Invero, il suo accertamento, da parte del giudice di primo grado, ha comportato notevoli difficoltà, tanto che sono state acquisite agli atti due relazioni di verifica, che hanno portato a risultati opposti.

Afferma in conclusione il Collegio che l'offerta dell'aggiudicataria è stata giudicata anomala sulla base di uno solo degli elementi che la compongono, oltre tutto in forza di un accertamento che ha dato luogo ad incertezze.

Osserva infine il Collegio che le appellate non hanno riproposto in questo grado del giudizio le censure assorbite dal giudice di prime cure, per cui l'accoglimento delle argomentazioni degli appellanti comporta l'accoglimento del gravame.

Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

In considerazione della complessità della controversia le spese di entrambi i gradi del giudizio devono essere integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) riunisce i ricorsi in appello n. 1906/12 e n. 2057/12 e, definitivamente pronunciando sui medesimi, li accoglie e, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2013

IL SEGRETARIO

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