



REPUBBLICA ITALIANA

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 numero di registro generale 59 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Civitas Educa Cooperativa Sociale per azioni Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Coli, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Ramis in Parma, borgo G. Tommasini, 20;

contro

Comune di Castel San Giovanni, non costituito in giudizio;

Ufficio Provinciale del Lavoro di Piacenza, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Bologna, via Guido Reni 4;

nei confronti di

Genesi Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Calogero Cicero e Aurelio Rundo Sotera, con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR in Parma, Piazzale Santafiore, 7;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 2 del 16 gennaio 2013 - repertorio n. 50 del Responsabile del Settore Pubblica Istruzione, Cultura e Sport del Comune di Castel San Giovanni in relazione alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di prestazioni socio-assistenziali rivolte ai minori diversamente abili ed assistenza pre-post scolastica, determinazione con cui è stato disposto l'affidamento in via definitiva del servizio per il periodo 1 marzo 2013 – 31 dicembre 2015 a Genesi società cooperativa sociale;

dei provvedimenti assunti dalla Commissione di gara nel corso delle sedute in data 7 gennaio e 15 gennaio 2013, con cui la Commissione ha ritenuto l'offerta presentata da Civitas Educa anomala e ha aggiudicato in via provvisoria il servizio alla società Genesi;

di ogni altro atto presupposto o successivo nella parte in cui gli atti medesimi hanno disposto l'esclusione di Civitas Educa dalla procedura di gara;

nonchè, per quanto occorrer possa,

della circolare 23 novembre 2012 prot. 28267 e della circolare 16 luglio 2012 prot. 15605 a firma del Direttore della Direzione Territoriale del Lavoro di Piacenza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali aventi ad oggetto costo del lavoro nel settore delle cooperative sociali;

e per la dichiarazione di inefficacia del contratto;

inoltre per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia

della determinazione dirigenziale n. 68 del 19 luglio 2013 con cui sono stati approvati i verbali di gara dai quali si evince che le giustificazioni di Civitas Educa non hanno modificato il disposto della Commissione in data 15 gennaio 2013;

dei provvedimenti assunti nelle sedute del 6 aprile, 18 maggio, 9 luglio e 15 luglio 2013 con i quali la Commissione ha ritenuto anomala l'offerta di Civitas Educa;

del provvedimento del 19 luglio 2013 con cui non è stata accolta la richiesta di Civitas Educa in data 15 luglio 2013;

di ogni altro atto connesso o conseguente con cui è stata disposta l'esclusione di Civitas Educa ed è stata aggiudicata la gara in favore di Genesi società cooperativa sociale;

atti impugnati con motivi aggiunti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ufficio Provinciale del Lavoro di Piacenza e di Genesi Società Cooperativa Sociale;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo n. 374/2013;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore di Genesi società cooperativa sociale, all'esito della gara indetta dal Comune di Castel San Giovanni, per l'affidamento del servizio di prestazioni socio-assistenziali rivolte ai minori diversamente abili ed assistenza pre-post scolastica per il periodo 1 marzo 2013 – 31 dicembre 2015, nonché i verbali delle sedute di gara del 7 gennaio e del 15 gennaio 2013, nel corso delle quali la Commissione ha escluso Civitas Educa dalla gara per ritenuta anomalia dell'offerta ed ha aggiudicato in via provvisoria il servizio alla società Genesi.

Si è costituita la Direzione Provinciale del Lavoro, a ministero dell'Avvocatura dello Stato, chiedendo la reiezione del ricorso.

Anche la controinteressata Genesi società cooperativa sociale si è costituita in giudizio contestando ogni avverso dedotto e chiedendo la reiezione del ricorso.

Il Comune di Castel San Giovanni non si è costituito in giudizio.

Con separato atto notificato il 5 marzo 2013 Genesi ha proposto ricorso incidentale.

La ricorrente ha resistito al gravame incidentale con memoria del 14 marzo 2013.

Con ordinanza n. 44 del 21 marzo 2013 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare ai fini della ripetizione del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta di Civitas Educa, rispettando la sequenza trifasica di cui all'art. 88 del codice dei contratti.

Detta ordinanza, impugnata dalla controinteressata, è stata confermata dalla Sez. III del Consiglio di Stato con ordinanza n. 1708 del 10 maggio 2013.

L'udienza pubblica, già fissata per il 31 luglio 2013, è stata rinviata avendo la ricorrente necessità di impugnare con motivi aggiunti la nuova determinazione assunta dall'amministrazione all'esito della ripetizione del subprocedimento di verifica.

Tale ulteriore gravame è stato, infatti, notificato il 30 luglio 2013 e, con decreto n. 116 del 6 agosto 2013, è stata accolta la separata istanza di adozione di misure cautelari monocratiche.

In sede di deliberazione collegiale, tuttavia, l'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 130 del 19 settembre 2013 "atteso che, in sede di ripetizione del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, emendato dal vizio rilevato con ordinanza del 20 marzo 2013, la ricorrente non è stata in grado di fornire convincenti giustificazioni del costo del lavoro offerto e del sistema di calcolo adoperato per ottenerlo, ditalchè l'offerta continua ad apparire anomala alla luce dei minimi tabellari inderogabili che essa dovrebbe corrispondere ai dipendenti sostenendo, così, un costo complessivo superiore a quello che percepirebbe dalla stazione appaltante sulla base del prezzo orario offerto".

All'udienza pubblica del 4 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con bando trasmesso in GUCE il 13 agosto 2012 il Comune di Castel San Giovanni ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, per 3 anni, del servizio di prestazioni socio-assistenziali rivolte ai minori diversamente abili ed assistenza pre-post scolastica, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato nove concorrenti tra cui la ricorrente, classificatasi al 1° posto con punti 95,00 e la controinteressata, classificatasi al 2° posto con punti 83,76.

Entrambe le suddette offerte sono risultate anomale e sono state sottoposte a procedimento di verifica all'esito del quale l'offerta della ricorrente è stata esclusa perché ritenuta anormalmente bassa nonostante le giustificazioni prodotte.

Il provvedimento di esclusione (unitamente alla contestuale aggiudicazione alla controinteressata) è stato impugnato dalla ricorrente con il ricorso introduttivo ed è stato censurato sia sotto il profilo formale della violazione della sequenza procedimentale (I motivo) sia sotto il profilo sostanziale della erroneità della valutazione effettuata dalla Commissione in ordine al costo del lavoro, così come stimato dalla ricorrente; valutazione asseritamente erronea che ha condotto all'esclusione dell'offerta (II, III e IV motivo).

Ritenuto fondato, in sede di deliberazione sommaria, il primo motivo di ricorso ed accolta l'istanza cautelare, l'amministrazione ha ripetuto il procedimento di verifica, questa volta rispettando la sequenza procedimentale corretta, ed ha adottato un nuovo provvedimento di esclusione concludendo nuovamente per la non affidabilità dell'offerta di Civitas Educa.

Con motivi aggiunti la ricorrente ha, dunque, impugnato il nuovo provvedimento, che ha ritenuto meramente riproduttivo del precedente, formulando, di conseguenza, le stesse censure contenute nei motivi II, III e IV del ricorso introduttivo, questa volta concentrate in un solo motivo.

In sintesi con i motivi aggiunti la ricorrente lamenta che il nuovo giudizio di anomalia sarebbe elusivo dell'ordinanza cautelare e sarebbe comunque errato contenendo le stesse inesattezze e incongruità del precedente.

Con il ricorso incidentale, *medio tempore* proposto dalla controinteressata, gli atti di gara sono stati impugnati nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della ricorrente, la quale avrebbe ommesso di indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza e avrebbe presentato referenze bancarie non valide.

3. L'ordine di scrutinio dei ricorsi seguirà quello tradizionale, accordando precedenza al ricorso principale.

3.1. Innanzitutto va dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo in quanto il provvedimento con esso gravato è

stato integralmente sostituito dalla determinazione dirigenziale n. 68 del 19 luglio 2013, con cui sono stati approvati i verbali di gara e la ricorrente è stata nuovamente esclusa per anomalia dell'offerta.

3.2. La disamina dei motivi aggiunti impone di circoscrivere con precisione l'oggetto del contendere.

Il Comune di Castel San Giovanni ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di prestazioni socio-assistenziali rivolte ai minori diversamente abili ed assistenza pre-post scolastica per il periodo 1 marzo 2013 – 31 dicembre 2015, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa attribuendo max 40/100 all'offerta economica e max 60/100 all'offerta tecnica.

Per quanto riguarda, in particolare, l'offerta economica il bando, a pag. 2, lett. a) disponeva:

“Il punteggio maggiore relativo alla migliore offerta economica verrà assegnato all'operatore che proporrà la migliore percentuale unica di ribasso applicata all'importo complessivo a base di gara pari ad euro 811.560,00 IVA esclusa, oneri di sicurezza inclusi. La stessa percentuale verrà applicata all'importo orario.

Il ribasso percentuale offerto è, di conseguenza, anche applicato al costo orario posto a base di gara stimato in euro 20,00/ora, oneri di sicurezza inclusi (calcolati pari a 0,00 euro), IVA di legge esclusa.

L'offerta dovrà essere formulata tenendo presente che tale prezzo comprende il costo per tutte le attività e le prestazioni poste in carico alla ditta dal capitolato e per tutte le attività aggiuntive che la ditta proporrà in sede di offerta e che sarà quindi tenuta a svolgere qualora risulti aggiudicataria dei servizi” (cfr. doc. 1 del fascicolo della ricorrente).

La ricorrente, che ha conseguito per l'offerta tecnica un punteggio di 11 punti superiore a quello della seconda classificata, ha offerto un ribasso percentuale del 10,15% a fronte del ribasso del 10% offerto dalla controinteressata Genesi.

In sede di ripetizione della verifica la Commissione di gara, in data 10 aprile 2013 (doc. 37 della ricorrente), ha chiesto a Civitas Educa l'analisi dei costi dell'offerta, scomposti nelle seguenti voci: manodopera, costi per la formazione professionale, spese generali, spese di contratto, utile di impresa.

Ricevute le giustificazioni (doc. 38 id.), la Commissione ha chiesto ulteriori chiarimenti (doc. 39 id.): “1) Relativamente allo schema n. 3 della pagina 6 delle Vs. precisazioni, si chiede di giustificare le modalità di calcolo del costo orario indicato nei tabellari ministeriali; 2) indicazione del numero dei mesi considerati nella computazione del ratei ferie inserito all'interno della Vs. busta paga; 3) indicazione della durata dei contratti di lavoro stipulati con i dipendenti”.

La ricorrente ha prodotto le ulteriori giustificazioni (doc. 40 id.).

La Commissione ha, dunque, convocato la ricorrente, ai sensi dell'art. 88 del D.Lgs. 163/2006 (doc. 44 id.), per ricevere da essa “spiegazioni relative al calcolo orario esposto nelle giustificazioni, agli atti di questo Comune, con particolare riferimento alla copertura economica dei diritti acquisiti dai dipendenti impegnati nel cantiere in parola”.

La ricorrente ha chiesto un ulteriore termine per presentare note per iscritto (doc. 45 id.) e si è presentata all'audizione in persona del sig. Cesare Cella, il quale, ricevuto il diniego al richiesto termine, ha fornito i chiarimenti richiesti.

Al termine la Commissione ha concluso per l'anomalia dell'offerta di Civitas Educa “in quanto il valore economico offerto non è adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministero del Lavoro (riferimento Commissione tabella del 11.7.2012), infatti non possono essere derogate nell'offerta le ore destinate alle ferie, festività, assemblee e permessi sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni, maternità, formazione, che sono componenti del costo del lavoro e, conseguentemente, incidono sull'offerta presentata, rappresentandone una parte” (doc. 46 id.).

3.3. Con i motivi aggiunti la ricorrente, dopo aver dedotto l'illegittimità del nuovo provvedimento di esclusione sotto il profilo della elusività dell'ordinanza cautelare, si è minuziosamente soffermata a ripetere in modo pedissequo tutte le giustificazioni offerte in gara sostenendo l'erroneità delle valutazioni compiute dalla Commissione per erroneità dei presupposti di fatto.

In sintesi, il nodo centrale della *querelle* che ha determinato la valutazione di insostenibilità dell'offerta, è il seguente.

La Commissione, oltre le ulteriori criticità, ha rilevato una differenza tra il metodo applicato dal Ministero per stabilire il costo orario e il metodo applicato dalla ricorrente nello schema 3 delle giustificazioni.

Infatti Civitas utilizza l'indicatore 165 che risulta dalla divisione di 1976 ore teoriche/12 mesi (senza togliere le ore mediamente non lavorate, ossia ferie, festività, festività soppresse), mentre la tabella Ministeriale utilizza l'indicatore 129, che risulta da 1548 ore mediamente lavorate/12 mesi.

La Commissione ha, dunque, osservato che, utilizzando un divisore più alto, Civitas abbatta il costo orario non tenendo conto, però, dei diritti acquisiti dei lavoratori per ferie e festività soppresse: ore che, in definitiva, la Cooperativa dovrebbe pagare ai dipendenti, anche se non lavorate.

Essa, infatti, offre, per il livello di inquadramento considerato C1 (ex 4° livello), un costo orario senza indennità di turno di € 14,30, significativamente inferiore a quello di € 17,66 considerato quale minimo inderogabile secondo le tabelle ministeriali riferite alla Provincia di Piacenza gennaio 2012.

Si ricorda che nel bando il costo orario, su cui offrire il ribasso, era fissato in € 20,00/ora, IVA esclusa.

3.4. 1. Il primo motivo è infondato atteso che la Commissione di gara ha integralmente ripetuto il sub procedimento di verifica dell'offerta della ricorrente, effettuando nuovamente l'intera valutazione dell'offerta e richiedendo e valutando le nuove giustificazioni, questa volta nel rispetto della sequenza trifasica stabilita dall'art. 88 del D.Lgs. 163/2006.

3.4.2. Quanto al secondo motivo, il Collegio osserva quanto segue.

Dalla lettura delle giustificazioni rese dalla ricorrente e, segnatamente, dalla verbalizzazione dei chiarimenti resi dal sig. Cella il 15 luglio 2013, si rileva che il divisore 165 è stato ottenuto dalla ricorrente considerando "le ore massime che un lavoratore di una cooperativa lavora in un mese" secondo il seguente calcolo: 38 ore x 4,33 (52 settimane diviso i 12 mesi); la tesi sostenuta dal rappresentante della ricorrente in sede di giustificazioni è che le ore non lavorate sarebbero già considerate nel rateo ferie pari a 0,69 e nel rateo festività pari a 0,45 nel costo orario.

La tesi della Commissione è, viceversa, per l'insostenibilità di tale offerta, atteso che in essa non si tiene conto che l'Amministrazione corrisponderà all'aggiudicataria il pagamento delle ore effettivamente lavorate secondo il costo offerto in gara.

A titolo esplicativo l'Amministrazione ha depositato in giudizio uno schema relativo ad un operatore che svolga 12 ore settimanali di assistenza.

In tale schema è evidenziato come, stante il costo orario di € 14,30 + IVA offerto dalla ricorrente, la cooperativa Civitas Educa, considerando anche le settimane di assenza per ferie e festività, dovrebbe versare al lavoratore in un anno € 8.236,80 + IVA mentre, percependo dalla Stazione appaltante il corrispettivo per le sole ore effettivamente lavorate nei 12 mesi, Civitas Educa incasserebbe per quel dipendente € 5.491,20 + IVA.

Dunque per un solo socio lavoratore la ricorrente avrebbe una perdita annuale di € 2.745,60 che, moltiplicata per i 14 dipendenti, diverrebbe di € 76.876,80 per l'intera durata dell'appalto; perdita evidentemente non sostenibile a fronte di un utile di impresa dichiarato di € 5.331,51 (cfr. doc. 38 id., pag. 24).

Ciò posto, il Collegio non ravvisa nelle conclusioni cui è giunta la Commissione gli errori, le incongruenze e i vizi denunciati dalla ricorrente.

Per giurisprudenza consolidata, il costo medio orario riferito a ciascun livello retributivo, recato dalle periodiche tabelle ministeriali - da valutare in sede di verifica delle offerte sospettate di essere anomale - indica il costo dell'ora lavorativa effettiva, comprensiva dei costi di sostituzione che il datore di lavoro deve sopportare per malattia, ferie, permessi, assenteismo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2006, n. 4969).

Pertanto, in sede di verifica delle offerte sospettate di essere anomale, il costo orario medio distinto per livelli e categorie è dato dal rapporto fra costo annuo medio e le ore annue mediamente lavorate e non dal rapporto fra detto costo annuo medio e le ore annue teoriche.

Ciò in quanto non vi è corrispondenza biunivoca fra la determinazione del trattamento economico (che deve tenere conto delle ore annue teoriche, comprensive di ferie, festività, festività soppresse, riduzione dell'orario contrattuale, assemblee e permessi sindacali, diritto allo studio, malattie infortuni e maternità, formazione e permessi) e la determinazione del costo - per il datore di lavoro - di un'ora effettivamente lavorata, che deve includere, al proprio interno, anche la frazione di retribuzione spettante per le ore annue mediamente non lavorate, in quanto già preso in considerazione nel trattamento annuo complessivo di ciascun lavoratore, considerato per categoria e livello (Cons. Stato, Sez. III, 13 dicembre 2013 n. 5984).

Deve concludersi, dunque, per l'infondatezza dei motivi aggiunti risultando ineccepibile, sul piano logico-giuridico, la determinazione di non sostenibilità dell'offerta cui è pervenuta la Stazione appaltante.

4. Alla reiezione del gravame principale, rappresentato dai motivi aggiunti, consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale il cui interesse sorge in dipendenza della proposizione del ricorso principale e viene meno con la reiezione dello stesso.

5. Le spese del giudizio possono compensarsi fra tutte le parti in considerazione della complessità delle questioni trattate e dei diversi esiti delle pronunce cautelari.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione distaccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- dichiara improcedibile il ricorso principale;
- respinge i motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Laura Marzano, Primo Referendario, Estensore

Marco Poppi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2014

IL SEGRETARIO

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