

N. 00033/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00192/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 192 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Vivai Piante Vincenzo Sica di Angelo Sica in proprio e Per Ati con Zanini Antonio e Lande Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Barbara Martinuzzo, con domicilio eletto presso Vanessa Zecchin in Trieste, Via Rismondo 12/1;

contro

Autovie Venete Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Gianfranco Carbone, con domicilio eletto presso Gianfranco Carbone Avv. in Trieste, Via Romagna 30;

nei confronti di

Impresa Ecogest Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Massimo Pellicano, Francesco Lilli, con domicilio eletto presso Gianni Zgagliardich in Trieste, Via Filzi 4;

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo:

-del provvedimento, adottato dalle Autovie Venete dd. 25.3.2014, col quale il Servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento di competenza e relative pertinenze-Destre Tagliamento. CIG 30863421FD viene aggiudicato in via definitiva ad Ecogest srl;

-dei verbali della Commissione Tecnica di Autovie dd. 14.6.2013, 26.9.2013, 4.11.2013 per la verifica dell'offerta con carattere aree verdi lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento di competenza e le relative pertinenze Destra Tagliamento;

-di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui con gli stessi è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore di Ecogest srl;

-di ogni altro atto o provvedimento presupposto, compresi quelli inerenti la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria e di ogni documentazione di gara;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 4.7.2014 degli stessi atti impugnati con il ricorso introduttivo;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autovie Venete Spa e di Impresa Ecogest Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2014 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ricorda la ricorrente Vivai Piante di aver partecipato alla gara a procedura aperta bandita da Autovie Venete per l'aggiudicazione del servizio di manutenzione delle

aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento di competenza e le relative pertinenze – Destra Tagliamento, che veniva aggiudicata definitivamente all'ATI Martinuzzo Vivai srl – Sever srl.

La seconda classificata e attuale controinteressata Ecogest proponeva ricorso a questo TAR, che lo accoglieva, con sentenza n. 9 dd. 8.1.2013. Il relativo appello è stato rigettato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1321 dd. 20.2.2014.

Ecogest diveniva così aggiudicataria provvisoria e nei suoi confronti la stazione appaltante, ritenuta l'offerta anormalmente bassa, disponeva, ai sensi dell'art. 86 del D. Lgs. n. 163 del 2006 le verifiche di cui ai seguenti artt. 87 e 88.

La documentazione prodotta dalla controinteressata veniva sottoposta alla Commissione tecnica che, pur in termini ridotti e dopo una richiesta di integrazioni, volta a superare il primitivo non favorevole giudizio, riteneva l'offerta sostenibile nel suo complesso.

In base alle definitive determinazioni della Commissione veniva disposta l'aggiudicazione a Ecogest.

La ricorrente impugna, con il ricorso principale, detta valutazione e gli atti e i documenti su cui si fonda.

Deduce al riguardo violazione degli artt. 86, 97, 88 e 89 del D. Lgs. n. 163/2006 nonché illogicità manifesta, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, contraddittorietà della motivazione e travisamento dei fatti.

Più in dettaglio osserva:

- che ad un primo esame la Commissione tecnica aveva rilevato, in mancanza di ulteriori chiarimenti, maggiori oneri per complessivi € 292.187,69 da sottrarsi dall'utile dichiarato di € 564.307,75, nonché errori di calcolo relativi ai prodotti, tra prezzi unitari e quantitativi di alcuni articoli e alla somma dei totali per ciascuna voce di prezzo, con una differenza complessiva di € 379.110.

Si rileva che, se il ribasso fosse stato eseguito correttamente, sarebbe risultato del 26,39% anziché del 32,557%, con conseguente obbligo di rimodulazione dei prezzi unitari di ciascun articolo.

La corretta somma dei costi dimostrerebbe che il costo effettivo è pari a € 4.250.625,44 mentre, essendo il fatturato atteso pari a € 4.143.637,50 ne deriverebbe l'insostenibilità dell'offerta.

Sono state quindi richieste al riguardo ad Ecogest ulteriori giustificazioni, atte a dimostrare:

- che il personale da reperire in loco sia effettivamente disponibile;
- che i costi sono minori rispetto a quelli valutati dalla Commissione con le precedenti osservazioni.

Sono stati altresì richiesti eventuali elementi di giustificazione integrativi di quelli prodotti.

Si pone perciò in rilievo che la Commissione ha riscontrato, in base agli elementi sopra descritti l'insostenibilità dell'offerta.

Ciononostante essa mutava avviso a seguito di ulteriore produzione documentale di Ecogest, consistente in una nota riepilogativa, nella dichiarazione di disponibilità del personale locale, validata da dichiarazioni di un'agenzia di lavoro interinale, dell'evidenziazione dei costi per il trasporto dei mezzi d'opera, della dichiarazione della società Labor sulla sostenibilità, a livello igienico – sanitario, dei turni degli operai migranti, di offerte per il subappalto, di offerte per la fornitura di terreno vegetale, di una scheda giustificativa di ogni lavorazione e di un'analisi del costo di ogni mezzo.

Tali elementi facevano ritenere alla Commissione l'esistenza di un utile di € 70.000,00.

Tale conclusione deriva da premesse contraddittorie ed illogiche.

In ordine all'elemento della disponibilità di personale locale, su cui la controinteressata ha prodotto le dichiarazioni di nove operai, la Commissione ha eccepito la non sicura certezza della disponibilità degli interinali, il cui costo orario è inoltre maggiore ed ha considerato migranti gli altri operai.

Tali dichiarazioni sono, peraltro, ormai datate e non attuali, per cui, nelle more, taluno di essi potrebbe non essere più disponibile per aver trovato altra sistemazione.

Non sarebbe inoltre adeguatamente documentata l'effettiva disponibilità di 15 dipendenti e la loro capacità di utilizzare le attrezzature, che sono destinati ad utilizzare.

Viene dato atto che, per il loro costo, per la mancanza di qualificazione, per la loro incerta disponibilità non è possibile ricorrere a lavoratori interinali, che non vi è certezza in ordine alla disponibilità di maestranze locali, che l'utilizzo di c.d. migranti comporta oneri di reperimento di idoneo alloggio e uno stato psico-fisico, derivante dalle necessarie trasferte, non compatibile con l'attenzione richiesta dalle lavorazioni non è dato comprendere come Ecogest potrebbe far fronte all'appalto.

Nel verbale 10.5.2013 della Commissione viene inoltre accertato che non è possibile, per quanto riguarda il personale locale, ricorrere al subappalto, non essendo stato previsto in sede di gara nelle percentuali previste.

Non appare pertanto rispettata, relativamente al costo del personale negli appalti a offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione economica dell'offerta in ordine al costo del lavoro e della sicurezza, eludendo altresì le direttive comunitarie in materia di concorrenza, parità di trattamento e libera circolazione.

Nel verbale del 4.11.2013, inoltre, la Commissione evidenzia la contraddizione delle giustificazioni di Ecogest, là dove sostiene che le macchine operatrici sono a

completo servizio del cantiere ed effettueranno un unico viaggio andata – ritorno all'anno.

Inoltre evidenzia che non si è tenuto conto di rotture e riparazioni e che il numero effettivo di giornate lavorative deve calcolarsi tenendo conto che detti mezzi possano essere impiegati in altri appalti nel Triveneto.

Peraltro l'appalto prevede un numero massimo di 75 giorni lavorativi e Ecogest non risulta avere altrove altri cantieri, mentre non vi è stato un ricalcolo degli ammortamenti, che tenga conto dell'eventuale impiego in altri cantieri e dei reali giorni di lavoro, né degli oneri di spostamento e dei conseguenti maggiori costi di carburante, tenendo conto del recente sensibile aumento del gasolio, né dell'aumento delle tariffe autostradali e del lievitare delle polizze RCA.

Il calcolo del consumo di carburante appare irrealistico, così come quello degli oneri per un parco macchine operatrici datate, che comportano maggiori consumi, di cui la Commissione non ha tenuto conto.

Del pari fuori dalla realtà sono i consumi stimati per gli autocarri pesanti e gli oneri di gestione per i decespugliatori, tenendo conto della necessaria periodica sostituzione delle testine e delle riparazioni meccaniche.

Detti costi debbono essere spalmati sugli effettivi giorni di lavoro, che sono 75 all'anno e non 230, come indicato nel verbale della Commissione.

Illogicamente la Commissione valuta come potenziali forieri di un maggior utile i subappalti, nientemeno in una percentuale fra il 10 e il 20% nei confronti dei prezzi unitari dell'offerta in sede di gara, senza tener conto che la controinteressata ha dichiarato nell'offerta di voler subappaltare l'esecuzione di un numero invero limitato di operazioni.

Peraltro, al riguardo, deve rilevarsi la contraddittorietà delle argomentazioni della Commissione che, in presenza di un utile lordo del 15% (media fra il 10 e il 20%) sui subappalti, esso, al netto, appare quasi inesistente.

Non appare inoltre correttamente calcolato l'utile sull'intero importo dell'appalto, né, come già esposto, è stato tenuto conto delle molteplici variabili che la sua esecuzione presenta.

Le valutazioni della Commissione sono da ritenersi, pertanto, illogiche o fondate su motivazioni insufficienti o affette da errore di fatto.

I punti critici dell'offerta di Ecogest finora evidenziati la fanno ritenere manifestamente incongrua e le operazioni di verifica non dimostrano la sua complessiva affidabilità, non essendo essa sostenibile.

E' violata inoltre la par condicio, dato che alla controinteressata, nel succedersi di integrazioni documentali e verifiche, è stato consentito di integrare elementi dell'offerta suscettibili di attribuzione di punteggio.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione intimata e la controinteressata, controdeducendo.

Con i motivi aggiunti di gravame la ricorrente, premesso di aver presentato domanda di accesso, espone di essersi recata il 16 maggio 2014 presso gli uffici di Autovie Venete per prendere visione della documentazione richiesta, che gli è stata rammostrata, con l'eccezione della scheda n. 8, contenente le tempistiche di esecuzione del servizio presentate dalla ricorrente nell'offerta.

Detta scheda, peraltro non è stata rinvenuta.

L'amministrazione si riservava di fornirla in data successiva ma, con fax del 29.5.2014 comunicava che, allo stato, essa risultava irreperibile.

Tale mancato reperimento non solo dimostrava la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. ma anche della garanzia delle posizioni giuridiche soggettive avverso gli atti lesivi.

Invero sono violati sia l'obbligo di conservazione dei documenti sia a tutela del diritto di accesso sia le norme in materia di archivi (artt. 70 e segg. del R.D.

2.10.1911 n. 1163; art. 30, 73, 2° comma e 74, del DPR 30.9.1963 n. 1409; art. 1, 1° comma, L. n. 241/1990).

Non è quindi garantito il controllo né dell'amministrazione né del giudice, e viene compreso il diritto di difesa delle imprese partecipanti a un pubblico appalto.

Inoltre è legittimo presumere che il documento non esistesse nemmeno in sede di gara, né vi potrebbero supplire i verbali della Commissione, non assistiti da fede privilegiata.

Sarebbe pertanto impossibile l'accertamento della correttezza del procedimento di verifica dell'anomalia.

Anche nei motivi aggiunti le parti intime si sono costituite, controdeducendo.

Nella camera di consiglio del 9.7.2014 la domanda cautelare, relativa sia al ricorso originario che ai motivi aggiunti è stata rigettata.

All'odierna udienza pubblica il domiciliatario della ricorrente ha rinunciato al mandato, dopo di che la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio, non intendendo decampare dalle conclusioni raggiunte in sede cautelare, ritiene che il ricorso e i motivi aggiunti siano infondati.

Al riguardo va preliminarmente condivisa l'osservazione sia della stazione appaltante che della controinteressata, secondo cui le censure del ricorso originario non tengono conto dell'approfondimento con cui è stata condotta la verifica di anomalia nei confronti dell'offerta di Ecogest, che ha richiesto l'impegno dell'apposita Commissione dal 30 gennaio al 4 novembre 2013, con il succedersi di osservazioni di quest'ultima e di giustificazioni della prima lungo tutto questo tempo.

Invero concorda il Collegio con la controinteressata nel rilevare che una notevole parte dei motivi di gravame si appoggiano, riportandoli pressoché testualmente, su stralci di verbali di precedenti riunioni della Commissione (in particolare di quella

del 2.8.2013) che sono stati poi oggetto di richieste di chiarimenti nella successiva seduta del 26.9.2013, con le controdeduzioni e l'ulteriore documentazione di Ecogest e, conclusivamente di presa d'atto nell'ulteriore seduta del 4.11.2013.

Per questa parte, pertanto, il ricorso richiama a suo sostegno dati non attuali, modificati a seguito del successivo esame della Commissione e delle controdeduzioni suddette.

In particolare il ricorso non tiene in considerazione:

- che, in ordine alla disponibilità del personale è stato tenuto conto soltanto delle dichiarazioni di 9 operai, non ritenendo certa quella degli interinali;
- che la censura sulla disponibilità degli operai si fonda su mere presunzioni ipotetiche, là dove si sostiene che, essendo le relative dichiarazioni datate, potrebbe darsi che taluno di essi non sia più disponibile per l'appalto, avendo trovato un altro lavoro, senza peraltro considerare che tutti risiedono in Comuni della Regione;
- che, del pari, costituiscono mere supposizioni le considerazioni sul costo dell'alloggio per i lavoratori migranti, ritenuto, senza elementi concreti, fuori mercato;
- che contrastano con le certificazioni in atti le valutazioni dell'insostenibilità con lo stato psico – fisico dei lavoratori, oggetto di attenta verifica da parte della società;
- che non sussiste assolutamente alcuna violazione di non meglio precisate norme comunitarie, pretendendosi un privilegio delle imprese locali mai dimostrato;

Vengono sollevate ulteriori singole questioni sulla sostenibilità dell'offerta, tutte infondate (costo del carburante, calcolato in lt. 5 e non, come dedotto, in lt. 2.5; presenza di cantieri, negata da parte istante, nel Triveneto; costo del carburante, che è stato calcolato per anno, onde non rileva il numero dei giorni in cui, in tesi, sarebbe suddiviso; costo del credito, non oggetto della verifica di anomalia ma

ritenuto sostenibile in base ai bilanci annuali; utile marginale per i subappalti, che non incide sulla sostenibilità dell'offerta).

In ogni caso, secondo una giurisprudenza talmente consolidata che ne è superflua la citazione, la verifica di congruità dell'offerta anomala, come riconosce la stessa ricorrente, non ha come scopo l'evidenziare l'una o l'altra inesattezza dell'offerta ma, avendo natura globale, mira unicamente ad accertare se essa, nel suo complesso, sia seria ed economicamente sostenibile, senza particolari formalità procedurali, ma avendo di mira soltanto di verificare l'affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto.

Che il relativo procedimento si sia svolto correttamente lo dimostra, se non altro, l'operato della stazione appaltante che ha ridotto sensibilmente, con una puntigliosa verifica, il margine di guadagno esposto da Ecogest, ma ha comunque ritenuto che l'offerta di tale impresa sia rimasta seria e affidabile,

Non inducono a diversa conclusione i motivi aggiunti di gravame, sui quali il Collegio ribadisce le conclusioni assunte in sede cautelare, ritenendo che non può mettere in discussione la legittimità dello svolgimento della gara, in quanto su di essa non incide l'accertata mancanza, in sede di accesso, dell'originale della scheda n. 8, in cui sono riportati i tempi di esecuzione del servizio.

Invero nel verbale n. 4 della seduta di gara del 7.11.2011 la Commissione ha accertato la completezza della documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale prodotta, fra le altre, dalla Ecogest e quindi anche del documento di cui si discute, che ne formava parte integrante e sostanziale.

Tale tipologia di verbali, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, fa stato, fino a querela di falso, delle operazioni compiute in ordine all'esame dei documenti prodotti dalle imprese partecipanti (cfr CDS AP 3.2.2014 n. 8; VI Sez. 2.5.2011 n. 2579, citate dalla controinteressata).

Non essendo stata proposta dalla ricorrente detta querela nei confronti del citato verbale della Commissione non può avvalersi del mancato rinvenimento della scheda n. 8 in parola per rimettere in discussione l'esito della gara, tanto più che esso è avvenuto dopo l'aggiudicazione definitiva del controverso appalto.

Anche il motivo aggiunto è pertanto privo di pregio.

Di conseguenza il ricorso, nella sua interezza, dev'essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese e competenze giudiziali, che liquida in € 4000 a favore di Autovie Venete e in € 4000 a favore di Ecogest.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2015

IL SEGRETARIO

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