



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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1 del 2010, proposto da:

La Luna Società Cooperativa Sociale - Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Giusto, con domicilio eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

contro

Comune di Presezzo, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Di Lascio, Saul Monzani, con domicilio eletto presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

nei confronti di

Aprica Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Vito Salvadori, Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso Vito Salvadori in Brescia, via XX Settembre, 8;

per l'annullamento

della nota 2.11.2009, n. 10967 di esclusione da gara d'appalto del servizio di nettezza urbana e della determinazione 21.10.2009, n. 124

di approvazione verbali di gara ed atti connessi

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Presezzo e di Aprica Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Aprica Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Salvadori, Vito Salvadori, con domicilio eletto presso Vito Salvadori in Brescia, via XX Settembre, 8;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2014 il dott. Angelo De Zotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando datato 11 settembre 2009, il Comune di Presezzo ha indetto una gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'assegnazione del "servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti, raccolta differenziata, spazzamento strade, spurghi e pulizia fognaria pubblica" dal 1/10/2009 al 31/12/2012.

Il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 10 settembre 2009.

Ai fini della partecipazione alla procedura di gara, il bando prevedeva,

quale capacità economica e finanziaria “l’aver conseguito nel triennio 2006-2007-2008 un fatturato medio complessivo.. non inferiore a € 700.000,00”; e quale capacità tecnica, fra l’altro “la disponibilità nel Comune di Presezzo o in Comune limitrofo... di una sede operativa, ovvero impegnativa ad averne la disponibilità entro la data di presa in carico del servizio.”

Analoghe disposizioni erano contenute nel disciplinare di gara: quest’ultimo, quanto alle cause di esclusione dalla gara, prevedeva una serie di ipotesi, tra le quali non rientrava, né direttamente né indirettamente “la dichiarazione relativa all’assunzione del personale in forza al gestore uscente e adibito al servizio in oggetto.

Sulla questione – che rileva, come si vedrà, ai fini della presente controversia- , il Disciplinare, nell’ambito delle prescrizioni relative all’esecuzione dell’appalto, precisava che “nell’esercizio del servizio e nel periodo di gestione la ditta è obbligata: ad applicare integralmente tutte le norme contenute nel contratto collettivo nazionale di lavoro per gli operai dipendenti secondo il contratto di appartenenza e secondo gli accordi integrativi dello stesso, in vigore per il tempo e nella località in cui si svolge il servizio”.

Essendo in possesso di tutti i requisiti previsti ai fini dell’affidamento del contratto, la cooperativa ricorrente partecipava alla gara, risultando prima classificata con un ribasso del 5,85% e con una percentuale offerta sulla vendita da rifiuti recuperabili del 50%, con il punteggio di 85,00.

Seconda classificata risultava, invece, la contro interessata Aprica

S.p.a., con un ribasso del 5,20% e con una percentuale offerta sulla vendita da rifiuti recuperabili pari allo 0% , con il minor punteggio di 62,22.

La soglia di anomalia veniva fissata nella percentuale del 5,20%: pertanto le due offerte in competizione venivano sottoposte a verifica di congruità, con richiesta di giustificazioni, da ambedue puntualmente trasmesse.

In seguito, con nota del 15 settembre 2009 il Comune chiedeva alla Cooperativa ricorrente documentazione relativa allo svolgimento di lavori/servizi per l'importo richiesto dal bando e, infine, la documentazione necessaria per la sottoscrizione del contratto.

Solo con successiva nota del 29 settembre 2009 il Comune comunicava alla ricorrente che "l'affidamento del servizio è inoltre subordinato a positive ed esaustive comunicazioni sull'accordo con il gestore uscente per il trasferimento del personale ai sensi del C.C.N.L.L."

Con lettera del 28 ottobre 2009 la ricorrente contestava la pretesa del Comune di condizionare l'affidamento del contratto al passaggio del personale del gestore uscente.

Con nota del 30 ottobre la Cooperativa La Luna confermava l'avvio del contratto a far data dal 2 novembre 2009 "indipendentemente dall'esito della trattativa in corso con il gestore uscente in relazione al passaggio del personale".

Con comunicazione del 2 novembre 2009, il Responsabile del procedimento escludeva dalla gara la Cooperativa ricorrente.

Tale provvedimento è impugnato per i seguenti motivi: i) violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e 88 del d. lgs 163/2006; eccesso di potere sotto svariati profili tra cui difetto di motivazione, di istruttoria e sviamento di potere. ii) violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e 88 del d. lgs 163/2006; violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buona amministrazione, eccesso di potere sotto svariati profili tra cui travisamento di fatto e di diritto, difetto di istruttoria e sviamento di potere. iii) violazione della lex specialis di gara; travisamento di fatto e di diritto, eccesso di potere sotto svariati profili.

Si è costituita e ha proposto ricorso incidentale la controinteressata Aprica s.p.a. deducendo a sua volta i seguenti motivi: i) violazione del capo 4^o del capitolato speciale di gara, violazione della par condicio e della parità di trattamento. ii) violazione del capo 4^o del capitolato speciale di gara, violazione dell'art. 48 del d. lgs 163/2006, disparità di trattamento. iii) eccezioni di inammissibilità per difetto di interesse.

Si è costituito in giudizio anche il Comune di Presezzo, che difende i propri provvedimenti e chiede il rigetto del ricorso principale, con vittoria di spese.

DIRITTO

1. Preliminarmente occorre stabilire l'ordine di decisione dei ricorsi, principale e incidentale, tenuto conto del fatto che nella specie il ricorso incidentale proposto da Aprica S.p.a. ha natura c.d. escludente, posto che contesta l'assenza, in capo alla cooperativa La Luna, di alcuni (tre) dei requisiti richiesti dal bando per l'ammissione

alla gara.

1.1. Ciò premesso, è noto, per insegnamento dell'Ad. Pl. 4/2011 e 9/2014, che nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, qualora, si precisa, il ricorso principale non risulti, come non pare al Collegio, *ictu oculi* manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

Sul ricorso incidentale.

2. Ciò premesso, il ricorso incidentale con il quale Aprica s.p.a. contesta il possesso, da parte del concorrente escluso, qui nella veste di ricorrente principale, dei titoli necessari per l'ammissione alla gara è infondato e tale verrà dichiarato per le ragioni che seguono.

2.1. Circa l'asserita mancanza delle qualifiche richieste, vale a dire (1) dei servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, (2) della distanza della sede operativa dal Comune di Presezzo e (3) della disponibilità della sede operativa, il Collegio rileva: che la cooperativa La Luna ha rilasciato tempestivamente le dichiarazioni richieste dal bando, tra cui quella relativa all'effettuazione dei c.d. servizi analoghi resi in Comuni con non meno di 7000 abitanti; che inoltre ha documentato che la distanza tra la sede operativa e il Comune di Presezzo non supera i 10 Km richiesti dal bando; che, infine, ha comprovato di disporre della sede operativa, producendo il relativo contratto di locazione.

2.2. In merito al primo requisito è vero che tra i servizi analoghi

documentati dalla Cooperativa La Luna si rinvengono quelli con i Comuni di Graffignana e di Crespiatica, che non raggiungono i 2000 abitanti; tuttavia in atti sono anche documentati i servizi di analogo appalto intercorsi con il Comune di Rivalta d'Adda (8000 abitanti circa) per tre esercizi; servizi che l'amministrazione ha ritenuto idonei a soddisfare il requisito in contestazione. D'altra parte nel ricorso incidentale ciò che si contesta al ricorrente principale, più che la natura dei servizi, il fatto di non aver dichiarato tempestivamente tali servizi resi e di aver fornito tale riscontro tardivamente, solo su richiesta dell'amministrazione appaltante.

Il motivo è quindi infondato perché la dichiarazione, come chiarito, fu resa tempestivamente mentre il riscontro è avvenuto successivamente su richiesta dell'amministrazione, nella sede propria, costituita dalla fase di verifica delle offerte.

2.3. Sui restanti punti (2) e (3) la documentazione in atti smentisce l'assunto del ricorrente incidentale e quindi la fondatezza del ricorso, posto che l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse, dedotta in forma residuale, non coglie nel segno, avendo la cooperativa La Luna impugnato sia l'atto di esclusione che il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata. Il ricorso principale è quindi ammissibile e va scrutinato nei termini che seguono.

Sulla esclusione dalla gara in seguito al procedimento di verifica delle offerte anomale.

3. Come dedotto nel primo motivo di ricorso, l'amministrazione ha

revocato l'aggiudicazione provvisoria della gara e escluso la Cooperativa La Luna per asserita pretesa anomalia della relativa offerta, laddove, in realtà, l'esclusione è avvenuta perché "a fronte delle comunicazioni intercorse, dei chiarimenti richiesti, delle deduzioni formulate dalla cooperativa in merito alla mancata indicazione, nel bando, del personale necessario all'espletamento del servizio nonché il mancato accordo per il passaggio di personale da Cogeme Gestioni nell'incontro del 30.10.2009, fa emergere la mancata considerazione e quantificazione di tale obbligo nella formulazione dell'offerta considerata anomala ai sensi del disciplinare di gara e secondo i calcoli ivi previsti".

3.1. Semplificando, per una migliore comprensione, il non sempre limpido fraseggio sopra riportato si può comprendere che l'amministrazione appaltante ha escluso la Cooperativa La Luna, già dichiarata aggiudicataria provvisoria, perché non ha previsto, in sede di formulazione dell'offerta, il costo del passaggio, al nuovo aggiudicatario, vale a dire a se medesima, del personale del gestore uscente, da impiegare per l'esecuzione dell'appalto; obbligo previsto - e come si vedrà contestato dalla cooperativa aggiudicataria - dal bando di gara in quanto ricompreso nella previsione del disciplinare, che recita " (il partecipante alla gara) si obbliga ad applicare integralmente tutte le norme contenute nel contratto collettivo nazionale di lavoro per gli operai dipendenti secondo il contratto di appartenenza e secondo gli accordi integrativi dello stesso, in vigore per il tempo e nella località in cui si svolge il servizio".

3.2. Ebbene, sostiene parte ricorrente, nel primo e nel terzo motivo, che non solo questa clausola non ha alcuna attinenza con l'anomalia dell'offerta, trattandosi di clausola chiaramente riferita all'esecuzione del contratto, ma che quella formula non impegna affatto, come pretende l'amministrazione intimata, ad assumere il personale (in termini quantitativamente incerti e da stimare in seguito ad accordo tra le parti) della ditta cessante (nella specie Cogeme Gestioni) e, comunque, che se anche così fosse - ossia che la clausola imponesse tale passaggio - questa complessa fase organizzativa e gestionale riferita alla cessione del personale non interessa l'amministrazione appaltante, alla quale, a termini di bando, doveva essere fornito, su sua richiesta, solo il numero degli addetti all'appalto, le relative ore di servizio garantito e il costo della relativa offerta.

3.3. Il motivo, che non è stato possibile apprezzare in sede cautelare, è fondato e merita di essere accolto.

3.3.1. La prima ragione di fondatezza della censura è data dal fatto che effettivamente il bando non prevedeva, almeno in chiaro, alcun obbligo di passaggio e quindi di assunzione del personale (peraltro non indicato neppure numericamente) del precedente gestore.

3.3.2. Ove poi quest'obbligo si volesse far derivare, come l'amministrazione intimata sostiene, dal richiamo all'obbligo di applicare tutte le norme del Contratto collettivo nazionale di lavoro, inserito nel Disciplinare, il Collegio osserva: (1) che si tratta di una formula che, di per sé, attiene alla fase di svolgimento del contratto di appalto e non alle clausole di gara; (2) che si tratta di una formula

estremamente generica che riguarda l'obbligo, peraltro in qualche misura tautologico, del gestore di applicare il contratto collettivo nazionale di lavoro ai propri dipendenti; (3) che se l'obbligo del passaggio del personale fosse da intendere come condizione rilevante e addirittura escludente dalla gara, quella clausola avrebbe dovuto essere assai diversamente formulata e collocata nella sede propria delle condizioni di partecipazione fissate a pena di esclusione; (4) che trattandosi di passaggio di personale, da negoziare con le OO.SS., e quindi incerto nell'an e nel quantum (ben potendo il precedente gestore non avere interesse a disfarsi del personale) il relativo costo non sarebbe stato comunque determinabile a priori; (5) che attenendo alla fase di esecuzione del contratto e non alla fase della scelta del contraente, il relativo adempimento o inadempimento non poteva condizionare l'esito della gara, (6) che l'amministrazione non ha alcun interesse, almeno nella fase di aggiudicazione, a conoscere chi gestirà il personale da destinare al servizio e se quello impiegato dal precedente gestore del servizio passerà al nuovo, ma di conoscere il numero delle unità lavorative, la quantità e le caratteristiche delle ore di servizio espletato e il costo (tradotto in offerta).

3.3.3. Peraltro, non solo l'amministrazione ha chiaramente errato nel configurare la clausola in questione come clausola escludente ma ne ha fatto una applicazione doppiamente erronea, utilizzandola surrettiziamente nell'ambito del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, nella forma della esclusione per mancata considerazione delle somme necessarie al suddetto passaggio di

personale, come se fosse certo sia l'obbligo (di acquisire il personale) che il relativo costo, da imputare a quel titolo nell'offerta, al fine di dimostrarne la pretesa anomalia.

3.4. Per tutte queste ragioni - cui va aggiunto che anche il riferimento all'art. 202 del D Lgs 152/2006 appare inconferente, trattandosi di norma che riguarda altra fattispecie, quale quella del subentro al gestore unico d'ambito (soggetto che non è esattamente equivalente ad una piccola cooperativa, che assai probabilmente, se obbligata ad assumere il personale del precedente gestore si troverebbe obbligata a licenziare il proprio) - il motivo primo e il terzo, che ne costituisce complemento, va accolto.

Sulla domanda risarcitoria.

4. Ne consegue che va dato spazio anche alla domanda risarcitoria che, tuttavia, in assenza di dati certi sul danno, da fornirsi dalla parte ricorrente, potrà essere pronunciata in termini di condanna generica ai sensi dell'art. 34 co. 4 del c.p.a. con le seguenti prescrizioni.

4.1. L'amministrazione comunale formulerà, nel termine di 60 giorni, alla ricorrente un'offerta di risarcimento che dovrà tenere conto: (1) delle (documentate) spese sostenute dalla Cooperativa ricorrente per la partecipazione alla gara; (2) del danno da perdita di chance (nella specie pari al 100%, trattandosi dell'aggiudicatario, ove non escluso, della gara stessa) nella misura equitativa del 5% dell'importo a base d'asta, per come ribassato dall'offerta della Cooperativa La Luna, con interessi e rivalutazione dal momento della proposizione del ricorso al saldo.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale e accoglie il ricorso principale nei sensi di cui in motivazione.

Accoglie la domanda di risarcimento nei sensi e nella misura di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Presezzo e la ricorrente incidentale al pagamento in favore della parte ricorrente, delle spese e delle competenze di causa, che liquida in € 4000,00 (quattromila /00) da dividere in pari quota (€ 2000,00) per ciascuna parte resistente, oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente, Estensore

Mario Mosconi, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/12/2014

IL SEGRETARIO

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