

N. 00693/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00152/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 152 del 2011, proposto da:

Eko-Polis S.C. Onlus, in proprio e come capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Ekopra S.C. Onlus, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cecilia Cominassi e Alfio Bonomo, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Brescia, Contrada Soncin Rotto n. 1/B;

contro

Comune di Brescia, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesca Moniga, Andrea Orlandi, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura civica in Brescia, Corsetto S. Agata n. 11/B;

nei confronti di

R.T.I il Gabbiano Società Cooperativa Sociale Onlus quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Tempo Libero Società Cooperativa Sociale Onlus, rappresentate e difese dall'avv.to Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Cadorna n. 7;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO DEL RESPONSABILE DEL

PROCEDIMENTO IN DATA 20/12/2010, CHE HA DISPOSTO L'ESCLUSIONE DELL'A.T.I. RICORRENTE DALLA GARA D'APPALTO QUADRIENNALE DEL SERVIZIO DI ASSISTENZA ED INTEGRAZIONE DEGLI ALUNNI DISABILI NELLE SCUOLE DI BRESCIA E PROVINCIA, PER L'INSOSTENIBILITA' DELL'OFFERTA PRESENTATA;

- DELLA VALUTAZIONE DI NON CONGRUITA' FORMULATA DALLA COMMISSIONE DI GARA IN DATA 17/12/2010;

- DELLA DETERMINAZIONE DELLA COMMISSIONE DEL 30/9/2010 E DEGLI ATTI RICHIAMATI;

- DEGLI ATTI DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO ALLA CONTROINTERESSATA;

e per la declaratoria

DELL'INEFFICACIA DEL CONTRATTO STIPULATO.

e per il risarcimento del danno

IN FORMA SPECIFICA O PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brescia e della controinteressata;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2011 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Brescia per l'aggiudicazione del servizio di assistenza e di integrazione scolastica degli alunni disabili nelle scuole di Brescia e provincia e nei centri estivi per il periodo 1/9/2010 – 31/8/2014. Il

sistema di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre l'importo contrattuale stimato era pari a € 7.956.400.

All'esito del confronto comparativo che ha coinvolto una pluralità di imprese, l'ATI ricorrente si è piazzata al primo posto con 87,75 punti (37,75 per la qualità e l'equivalente dell'offerta economica pari a € 6.638.167,97) davanti al raggruppamento controinteressato che riportava 87,10 punti (40,75 per la qualità e il controvalore dell'offerta economica di 7.160.400 €).

Dopo l'aggiudicazione provvisoria disposta a favore della ricorrente, con nota 2/8/2010 la stazione appaltante attivava la procedura di verifica dell'anomalia. L'ATI aggiudicataria esibiva il prospetto di scomposizione del prezzo offerto (doc. 16), che dava conto di un costo per il personale di 6.328.112,36 € per 138 addetti di livello C1 e 2 addetti di livello D2 (con un costo orario rispettivo di 15,25 € e di 16,49 €). I costi per la sicurezza e la formazione erano indicati in 30.406 €, gli altri costi in 43.406 € e i costi generali in 202.573 € (oltre a 20.452 € per adempimenti amministrativi e contrattuali).

Dopo un nutrito scambio di corrispondenza e un incontro in contraddittorio, il 20/12/2010 l'amministrazione adottava l'atto impugnato, che si fonda sull'inverosimiglianza dell'utilizzo di contratti a tempo determinato per un rapporto di durata quadriennale e sul mancato riscontro economico:

- I. delle due figure di coordinamento che dovrebbero fruire dell'istituto della reperibilità;
- II. del compenso correlato alla valutazione delle prestazioni (produttività) e alla progressione orizzontale e verticale di carriera, ove 9.000 € non sono attendibili nel contesto di un sistema premiale complesso ed articolato come quello esposto nel progetto tecnico;

III. delle ore di assenza coperte con il ricorso alle figure jolly;

IV. del servizio ascolto e consulenza, per il quale è inaccettabile la presunzione di gratuità;

V. del costo per la formazione.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo quale unico articolato motivo di diritto la violazione degli artt. 86 e ss. del D. Lgs. 163/2006, della L. 241/90 e dei principi del giusto procedimento, nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, irrazionalità manifesta ed omessa valutazione dei presupposti di fatto, poichè:

a) il costo orario è compatibile con gli istituti contrattuali e normativi del CCNL di settore e delle tabelle provinciali;

b) il sindacato sul sistema premiale e sull'utilizzo dei contratti a termine realizza un'inammissibile ingerenza nell'organizzazione dell'impresa (esclusa dal campo di applicazione del D. Lgs. 276/2003), compiuta in violazione dell'art. 41 della Costituzione;

c) il giudizio di anomalia deve essere analiticamente motivato, dovendo la stazione appaltante valutare l'affidabilità complessiva dell'offerta;

d) la ricorrente è gestore uscente del servizio in esito ad una precedente gara, nella quale l'offerta economica ed il costo del lavoro erano inferiori a quelli giudicati anomali nel presente appalto;

e) il margine di utile ridotto rientra in una legittima strategia imprenditoriale;

f) non è stato valutato il documento statistico sull'assenteismo (doc. 25).

Parte ricorrente chiede che il Tribunale disponga una CTU in merito all'attendibilità del giudizio di anomalia formulato dalla Commissione.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Brescia e l'ATI controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 4/5/2011 il ricorso veniva chiamato per la

discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Non può essere ammessa agli atti della causa la memoria depositata dalla ricorrente il 19/4/2011 in quanto – come eccepito dal Comune di Brescia nella memoria di replica del 22/4/2011 – è tardiva rispetto al termine dimidiato di 15 giorni liberi (da calcolare a ritroso dalla data dell'udienza di discussione), ai sensi degli artt. 73, 119 e 120 del Codice del processo amministrativo. L'uniforme giurisprudenza propende per l'espunzione dagli atti del giudizio delle memorie depositate oltre il termine perentorio fissato dall'art. 73 comma 1 del Codice del processo amministrativo (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II – 22/1/2011 n. 80; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 12/1/2011 n. 12; si veda anche T.A.R. Lazio Roma, sez. I – 7/2/2011 n. 1139), e detta linea di pensiero è in continuità con l'orientamento formatosi sull'art. 23 comma 4 della L. 1034/71 (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. VI – 14/7/2010 n. 16724; T.A.R. Trentino Alto Adige – 25/3/2010 n. 90; Consiglio di Stato, sez. IV – 21/5/2010 n. 3236, ai sensi del quale detto termine non può subire deroghe nemmeno con il consenso delle parti essendo esso previsto non solo a tutela del contraddittorio ma anche a garanzia del corretto svolgimento del processo e dell'adeguata e tempestiva conoscenza degli atti di causa da parte del collegio giudicante).

Il ricorso è infondato e deve essere respinto, per le ragioni di seguito precisate.

1. E' opportuno riepilogare in punto di fatto lo svolgimento della dialettica procedimentale attivata dalla stazione appaltante.

1.1 La prima richiesta di chiarimenti del Comune (in data 16/8/2010 – doc. 17 ricorrente) riguardava in particolare i contributi INPS e INAIL (la cui percentuale risultava inferiore rispetto alle tabelle ministeriali) e gli incentivi economici da destinare al personale dipendente (cfr. progetto tecnico pag. 17 punto 1.c).

Parte ricorrente sottolineava l'esistenza di sgravi contributivi (INPS) e l'avvenuto calcolo di un valore medio (INAIL), mentre gli incentivi economici erano stati quantificati in € 39.000 (oneri riflessi inclusi) e distribuiti nelle voci "altri costi" e "costi generali", tenuto conto del tasso di assenteismo.

1.2 Con nota 4/10/2010 (doc. 20) l'amministrazione comunale, dopo aver evidenziato l'esibizione di costi (pari a € 206.979) non analiticamente definiti, chiedeva ulteriori delucidazioni su alcune voci per le quali non si rintracciava la copertura economica:

- le figure del coordinatore (reperibile 24 ore su 24) e del responsabile della movimentazione (reperibile 18 ore);
- la borsa lavoro prevista dal progetto tecnico per ogni operatore, comprensiva di un carnet di biglietti di rete urbana e della scheda telefonica per contatti urgenti con gli uffici (con spesa stimata dalla stazione appaltante in 13.800 €);
- la valutazione delle prestazioni e delle competenze, per premiare la produttività e stabilire la progressione di carriera (che incidono per 110.400 € secondo il Comune);
- gli operatori jolly (20.350 ore annue per 4 anni = 81.400 ore);
- i servizi gratuiti di ascolto/consulenza offerti agli operatori (oneri stimati in 5.000 €);
- il pasto per il personale in servizio nella fascia di fruizione della ristorazione da parte del minore, come da prescrizione del capitolato (200.000 € presunti con 5 € a pasto x 100 addetti x 100 giorni medi all'anno x 4 anni);
- la formazione retribuita per 20.976 ore (15 ore prima dell'avvio dell'anno e 23 durante l'anno per 138 unità (15,25 € di costo medio dichiarato per una stima complessiva di 319.884 €).

Tenuto conto dell'irrealistica previsione del personale interamente

inquadrato in categoria C1 (l'impresa gestisce il servizio da 6 anni e si presume la continuità delle prestazioni) l'omessa indicazione delle voci raggiunge la cifra di 649.084 € (di cui 110.400 € di soli oneri per progressioni in carriera e produttività).

Con nota 8/10/2010 (doc. 21) parte ricorrente chiariva che:

- per la borsa lavoro è stato compiuto un calcolo preciso di € 966 (7 € per ciascuno dei 138 operatori);
- per l'avanzamento economico del personale (valutazione delle prestazioni) sono previsti € 9.000, con il coinvolgimento di una percentuale di operatori non superiore al 5% (le risorse relative inoltre rientrano in un piano globale della cooperativa);
- per le sostituzioni, al personale jolly è già attribuito un monte ore minimo annuo, affiancato dal meccanismo della compensazione (banca delle ore), per un costo totale di 15.517 €;
- i servizi di consulenza sono già attivi presso la struttura generale della Cooperativa che impiega figure professionali qualificate, i cui oneri sono inseriti nei costi indiretti generali;
- il costo del pasto è pari a € 172.000;
- la formazione retribuita è già compresa nel costo del lavoro quantificato nella tabella trasmessa;
- il servizio di coordinamento esibisce un costo proporzionato, perché tutti i contratti in corso sono in grado di produrre un margine operativo lordo che permette di pagare le spese necessarie al funzionamento, al coordinamento e alla gestione del servizio; nella tabella di scomposizione del prezzo sono stati indicati 13.583,72 € per "altre figure professionali".

1.3 A tale scambio di corrispondenza facevano seguito l'incontro in contraddittorio e la nota di parte ricorrente del 19/10/2010 (doc. 23). Dopo l'ulteriore convocazione del 30/11/2010 Ekopolis trasmetteva i dati statistici sull'assenteismo ed il costo presunto per il pasto degli operatori. A

quel punto l'amministrazione decideva di escludere la ricorrente dalla gara, dopo aver acquisito la relazione dell'esperto dott. Riccardo Donadio del 22/11/2010.

2. Osserva il Collegio che la verifica di anomalia dell'offerta costituisce un sub-procedimento formalmente distinto (ancorché collegato) rispetto al procedimento di evidenza pubblica di individuazione della proposta migliore, e si esprime in un'indagine di contenuto tecnico-economico secondo una precisa ratio di fondo che è quella di evitare l'aggiudicazione a prezzi tali da non garantire la qualità del lavoro, fornitura o servizio oggetto di affidamento.

La giurisprudenza prevalente ha ripetutamente osservato che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme (Consiglio di Stato, sez. V – 8/9/2010 n. 6495) e costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (Consiglio di Stato, sez. V – 11/3/2010 n. 1414; sez. IV – 20/5/2008 n. 2348).

2.1 Nella specifica materia delle offerte anomale si è peraltro affermato un indirizzo giurisprudenziale che, dalle originarie e consolidate posizioni di chiusura ad un'indagine penetrante sullo svolgimento del sub-procedimento di verifica – con contestuale affermazione dell'insindacabilità di quest'ultimo salvi i casi di manifesta illogicità o di travisamento dei fatti – è progressivamente giunto ad ammettere il controllo della correttezza del criterio valutativo adottato e del relativo procedimento applicativo, oltre che l'esame della coerenza e dell'uniformità del parametro prescelto (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 10/1/2007 n. 92; sentenza Sezione 14/11/2007 n. 1173).

2.2 Nella fattispecie, contrariamente a quanto sostiene Ekopolis, l'anomalia accertata si fonda sull'inattendibilità di una pluralità di voci che – per la loro rilevanza ed incidenza complessiva – rendono l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante (cfr. per un caso analogo la precedente sentenza della Sezione 21/1/2011 n. 147): il Comune ha sottoposto ad esame la composizione dell'offerta ed ha evidenziato numerosi dati che denotano la sua insostenibilità e la sua incapacità a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico. In particolare:

A) Non trova giustificazione alcuna l'inquadramento dell'intero personale dedicato al servizio in categoria C1, tenuto conto che (come ha messo in evidenza la stazione appaltante) presumibilmente l'impresa utilizzerà in gran parte gli stessi soggetti che gestiscono il servizio da oltre sei anni. La lex specialis peraltro valorizzava l'aspetto della "continuità" associando – tra gli elementi qualitativi della voce n. 1 (alla quale era ricollegato il valore numerico più elevato pari a 13 punti) – uno specifico punteggio (5 punti) al sub-parametro "contenimento del turn-over", e specificando tale impegno all'art. 22 del capitolato speciale d'appalto (doc. 3 amministrazione). In proposito Ekopolis ha dichiarato nel progetto tecnico (doc. 5 Comune) di avere un turn-over molto basso (cfr. 1,38% - pag. 4) ed ha dedicato un intero paragrafo all'obiettivo della sua riduzione (pagg. 16 e 17) prevedendo incentivi economici a favore di coloro che vantano un basso tasso di assenteismo. Peraltro la relazione dell'esperto incaricato dall'amministrazione (doc. 3 ricorrente) ha messo in luce che il contenimento degli oneri collegati all'anzianità non può avvenire con il ricorso alle assunzioni a tempo determinato, che sono limitate ad una percentuale massima del 30% ex art. 25 del CCNL delle Cooperative sociali e soprattutto sono inibite ove il rapporto di lavoro superi i 36 mesi (art. 5 comma 4-bis del D. Lgs. 368/2001). Né appare degna di accoglimento la

dedotta esclusione del D. Lgs. 276/2003 alle pubbliche amministrazioni che operano come stazioni appaltanti (art. 1 comma 2 invocato da parte ricorrente). I giudici ordinari sono infatti unanimemente orientati a ritenere applicabile anche agli appalti conferiti dalle pubbliche amministrazioni la norma di cui all'art. 29 comma 2 del D. Lgs. 276/2003 – secondo la quale, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e ad adempiere agli obblighi contributivi previdenziali – in quanto la deroga contenuta nell'art. 6 comma 1 della L. 30/2003 è limitata esclusivamente al personale delle stesse e non si estende invece ai lavoratori dipendenti dall'appaltatore. In buona sostanza l'inapplicabilità del D. Lgs. 276/2003 alle pubbliche amministrazioni, previsto all'art. 1 comma 2, non può che essere riferita alle stesse in qualità di datori di lavoro, per cui il regime di responsabilità solidale previsto all'art. 29 comma 2 del suddetto decreto trova applicazione anche nel caso in cui il committente sia una pubblica amministrazione (cfr. ex plurimis Tribunale di Bologna, sez. lavoro – 8/6/2010; Tribunale di Busto Arsizio – 29/3/2010; Tribunale di Milano, sez. lav., 22/1/2010; Tribunale di Milano – 18/11/2008). Dette affermazioni non trovano smentita nella perizia di parte del consulente del lavoro Sergio Giuseppe Faini depositata da Ekopolis il 13/4/2011, nella quale detto aspetto non viene affrontato;

B) per le figure del coordinatore (reperibile 24 ore su 24) e del responsabile della movimentazione (reperibile 18 ore) non è stata fornita una spiegazione convincente circa la mancata previsione – anche pro/quota – del relativo costo, e la perizia del consulente si limita a ribadire la preesistenza di un sistema di coordinamento nella struttura dell'impresa (che impiega 800 addetti) e la disponibilità a sottoporsi a verifiche periodiche;

C) sugli incentivi al personale permangono forti perplessità sia sull'infima percentuale di soggetti coinvolti, sia per la tardiva esibizione di riconoscimenti di carattere non economico (cfr. pag. 3 perizia studio Faini);
D) i sospetti di anomalia sono avallati dalla mancata indicazione dei costi per la formazione retribuita (per la prima volta la consulenza depositata in vista dell'udienza pubblica di discussione fa riferimento a presunti contributi regionali) e per i 25 operatori jolly; per i primi in particolare il Collegio si richiama alla relazione dell'esperto incaricato dall'amministrazione dott. Riccardo Donadio (pag. 7 sull'omessa previsione dell'incidenza delle 38 ore di formazione richieste dalla lex specialis).

2.3 Fuorviante è il richiamo della ricorrente all'offerta economica e ai costi del precedente appalto (alla stessa aggiudicato) poiché da un lato il Comune ha correttamente rilevato la maturazione di scatti di anzianità e l'incidenza (allora non prevista) del costo del pasto. In ogni caso non è assolutamente possibile sostenere la validità di un piano economico finanziario mediante il richiamo ad un precedente rapporto che non ha costituito oggetto di contestazione.

3. In conclusione il ricorso è infondato e deve essere respinto per le numerose spie strutturali di inaffidabilità riscontrate nell'offerta, senza che assuma rilevanza l'omessa valutazione del documento sull'assenteismo e senza necessità di disporre una CTU.

4. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono essere liquidate come da dispositivo, previa compensazione parziale per 8/9. A questo proposito deve essere disposta la correzione dell'errore materiale compiuto nella redazione del dispositivo, dove si è indicata la misura del 50% in luogo del 12,50%.

4.1 Se da un lato occorre tenere conto che non è stata effettuata la dovuta comunicazione ex art. 243-bis del D. Lgs. 163/2006 (preavviso di ricorso) – e che il comma 5 individua tra i “comportamenti valutabili, ai fini della

decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile”, proprio l’omesso invio dell’informativa – sotto un altro prevalente punto di vista la controversia investe una questione tecnico-economica suscettibile di letture differenziate, che è stata oggetto di consulenze di segno opposto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge la domanda annullatoria proposta con il ricorso in epigrafe.

Respinge l’istanza tesa ad ottenere l’inefficacia del contratto.

Respinge la domanda risarcitoria.

Condanna parte ricorrente a corrispondere all’amministrazione resistente la somma di 2.500 €, corrispondente al 12,50% delle competenze ed onorari di difesa, oltre alle spese generali.

Condanna altresì parte ricorrente a corrispondere alla controinteressata la somma di 2.000 €, corrispondente al 12,50% delle spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente FF

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/05/2011

IL SEGRETARIO

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