

N. 04593/2011REG.PROV.COLL.
N. 10213/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 10213 del 2010, proposto da Istituto di vigilanza dell'Urbe s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Passaro, ed elettivamente domiciliata, unitamente al difensore, presso l'avv. Fabio Mastrocola in Roma, via G.G.Belli n. 39, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Coopservice s.coop.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Coli e Massimo Colarizi, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Panama n. 12, come da mandato a margine in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

nei confronti di

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la protezione civile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata ex

lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

Centralpol s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima, n. 33472 del 16 novembre 2010.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Coopservice s.coop.p.a. e della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della protezione civile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2011 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Alfredo Passaro, Massimo Colarizi e l'avvocato dello Stato Giovanni Palatiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 10213 del 2010, Istituto di vigilanza dell'Urbe s.p.a. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima, n. 33472 del 16 novembre 2010 con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Coopservice s.coop.p.a. contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la protezione civile per l'annullamento del decreto di aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le sedi del Dipartimento della Protezione Civile site in Roma (codice CIG 0370535F23) emanato in data 13.05.2010 n. rep. 3509, comunicato a Coopservice in data 21.05.2010, mediante il quale il Direttore dell'Ufficio Amministrazione e Bilancio del Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha approvato, ai sensi dell'art. 12,

comma 1, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modifiche ed integrazioni, le risultanze delle operazioni di gara per l'affidamento del servizio di vigilanza presso le sedi del Dipartimento della Protezione Civile site in Roma e per effetto di quanto disposto all'art. 1, ai sensi dell'art. 11, comma 5, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni ed integrazioni la definitiva aggiudicazione della gara all'Istituto Vigilanza dell'Urbe spa; della nota prot. DPC/ABI/34054 del 30.04.2010, non conosciuta dalla società esponente se non per la parte dispositiva, mediante la quale la Commissione di Gara della procedura aperta per l'appalto del servizio di vigilanza armata da espletare presso le sedi del Dipartimento della Protezione Civile in Roma ha ritenuto non sussistenti elementi di anomalia nell'offerta presentata in gara dall'Istituto di Vigilanza dell'Urbe spa, ha ritenuto di non escludere dalla procedura il procedimento di verifica della anomalia dell'offerta presentata in gara dalla seconda classificata Centralpol srl iniziato con atto 14.01.2010 prot. n. DPC/ABI/0002856, offerta anch'essa risultata anormalmente bassa ai sensi dell'articolo 86 comma 1 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; di tutti gli atti formati dalla Commissione di Gara e dalla Amministrazione resistente mediante i quali o sul presupposto dei quali si è ritenuta non anomala e affidabile l'offerta presentata dall'istituto di Vigilanza dell'Urbe spa, non si è dato luogo ad esclusione dalla procedura di gara dal medesimo Istituto di Vigilanza dell'Urbe spa, non si è concluso con provvedimento espresso il procedimento di verifica di anomalia nei confronti della seconda migliore offerta iniziato con atto 14.01.2010 n. prot. DPC/ABI/0002856, ai sensi degli articoli da 86 a 88 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; in parte qua, di tutti gli atti da essi presupposti o a essi successivi.

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, l'originaria parte ricorrente Coopservice s.coop.p.a. aveva impugnato, tra l'altro, il decreto 13 maggio 2010 n. 3509, di aggiudicazione della gara (a

seguito di procedura aperta oggetto di bando pubblicato in data 28 ottobre 2009), per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le sedi del Dipartimento della Protezione civile site in Roma, in favore dell'Istituto vigilanza dell'urbe s.p.a..

La ricorrente, già affidataria del servizio posto a gara, precisava di essere stata ammessa a partecipare alla procedura aperta, insieme ad altri sei concorrenti, all'esito della verifica della documentazione amministrativa.

Aperte le buste contenenti le offerte economiche dei singoli concorrenti, ed avendo verificato che vi erano due offerte con ribassi superiori alla soglia di anomalia, Coopservice, con propria memoria, chiedeva di attivare il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse. Ciò in quanto, con riferimento al corrispettivo orario posto a base di gara (euro 20,95), sia l'offerta dell'Istituto Urbe, sia l'offerta della Centralpol evidenziavano ribassi superiori alla soglia di anomalia, pari ad un ribasso del 15,5% (rispettivamente 21,29% Urbe e 18,85% Centralpol).

Con nota 23 aprile 2010 prot. DPC/ABI/32065, il Dipartimento della protezione civile "confermava di avere effettuato il calcolo della soglia di anomalia e che erano risultate inferiori a detta soglia le offerte degli Istituti di vigilanza Urbe e Centralpol", e di avere richiesto giustificazioni alle predette partecipanti.

Con nota 14 maggio 2010, il Dipartimento dava quindi conto della valutazione della Commissione di gara in ordine alla insussistenza di anomalia e della conseguente aggiudicazione definitiva della gara all'Istituto Urbe. Alla nota, era allegato il decreto di approvazione delle operazioni di gara e di affidamento del servizio, dal quale si evince l'esistenza di quattro richieste di giustificazioni, con conseguenti riscontri da parte dell'Istituto Urbe, mentre non si fa cenno al procedimento di verifica di anomalia nei confronti di Centralpol.

Avverso gli atti citati, venivano proposti i seguenti motivi di ricorso:

violazione artt. 86, 87 e 88 d. lgs. n.163/2006; D.M. 8 luglio 2009; violazione della *lex specialis* della procedura aperta; eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto; per travisamento dei fatti, carente e insufficiente istruttoria; omessa, carente, illogica motivazione; ciò in quanto:

a) sia Istituto Urbe sia Centralpol “hanno presentato in gara offerte con una percentuale di ribasso ampiamente superiore alla soglia di anomalia”. Infatti, dovendo il servizio essere svolto mediante impiego di guardie particolari giurate, “il costo medio orario di una guardia particolare giurata inquadrata al IV livello, compresa l’incidenza degli oneri fiscali, è pari ad Euro 21,54, ovverossia 5,05 euro in più rispetto a quanto offerto da Urbe e 4,54 euro in più rispetto a quanto offerto da Centralpol” (in base alle tabelle di cui al D.M. Lavoro 8 luglio 2009);

b) posto che il disciplinare di gara richiede al concorrente una dichiarazione “di applicare a favore dei lavoratori dipendenti condizioni giuridiche e retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti di lavoro e dagli accordi nei luoghi in cui attualmente il concorrente svolge la propria opera, se più favorevoli”, e che il capitolato di gara (art. 13) impone il rispetto di tutte le norme sulle assicurazioni sociali, infortunistiche e di assistenza malattia, ne consegue che le offerte che in sede di gara si attestano su valori inferiori a quelli minimi consentiti, in materia di lavoro, contributiva, assicurativa e fiscale “da un lato devono essere considerate anomale, inaffidabili e contrastanti con la *lex specialis* di gara, dall’altro evidenziano un contrasto tra quanto dichiarato dal concorrente ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR 445/2000, quanto effettivamente dal concorrente dichiarato in sede di predisposizione e presentazione dell’offerta economica e quanto dal ricorrente prefigurato in relazione alla futura esecuzione del contratto”;

c) più in particolare, quanto all’offerta dell’Istituto Urbe, l’aver indicato “zero”, sotto la voce “scatti”, affermando trattarsi di “assunzioni ex novo”,

non corrisponde all'art. 111 CCNL 2 maggio 2006 dipendenti Istituti di vigilanza privata, poiché “gli scatti di anzianità non sono riferiti contrattualmente alla anzianità aziendale, ma al livello di inquadramento posseduto dal dipendente”. Inoltre, in sede di acquisizione dell'azienda dalla Federazione provinciale di Roma dell'associazione nazionale combattenti e reduci – Istituto di vigilanza dell'Urbe in amministrazione straordinaria, (verbale 9 luglio 2009, punto 7), si è disposto che “pur in presenza di un'assunzione ex novo, nonché sulla base delle espresse pattuizioni qui convenute, ai dipendenti verrà riconosciuto da parte dell'acquirente un numero di scatti di anzianità pari a quelli maturati alla data di efficacia della cessione, con esclusione di quelli previsti dagli accordi integrativi non più applicati”. Il che non consente di evidenziare un numero di scatti pari a “zero”, ma una somma “verosimilmente non inferiore a Euro 505,12 su base annua”;

d) sempre nell'offerta dell'Istituto Urbe, non è stato indicato alcun importo a titolo di premio di risultato, laddove il contratto integrativo territoriale di lavoro 16 luglio 2004 (definito espressamente applicabile con il verbale 9 luglio 2009 cit.) all'art. 17, prevede l'obbligatoria corresponsione di un premio di risultato annuale, connesso al risultato aziendale ed alla performance individuale, per un importo massimo pari ad euro 130;

e) l'Istituto Urbe ha indicato un importo per tredicesima mensilità pari ad euro 1263,88, in luogo dell'importo corretto, pari ad euro 1323,46 (59,58 euro in meno del dovuto);

f) l'Istituto Urbe ha indicato un importo per quattordicesima mensilità pari ad Euro 1198,88, in luogo dell'importo corretto, pari ad Euro 1241,14 (42,26 euro in meno del dovuto);

g) viene indicato, quale onere contributivo INPS, un importo inferiore, citando uno “sgravio medio del 20% sui nuovi contratti di lavoro”, che può ricorrere “laddove si prospetti una adibizione al servizio di solo personale

inquadrate come lavoratore apprendista”, il che non ricorre nel caso di specie, essendosi peraltro l’Istituto Urbe obbligato ad assumere tutti i dipendenti in carico alla cedente dalla data di efficacia della cessione;

h) non è stato indicato in modo corretto l’importo della quota annua di TFR, che deve essere pari ad Euro 1293,64, in luogo degli indicati Euro 1248,10, e ciò come conseguenza del non avere considerato gli scatti di anzianità nell’importo della retribuzione su cui calcolare il TFR;

i) inoltre, è stata indicata una quota di rivalutazione TFR pari a zero, in violazione dell’art. 2120 cod. civ.;

j) quanto agli oneri assistenziali, l’Istituto Urbe ha indicato per assistenza sanitaria integrativa l’importo di euro 120 su base annua, laddove l’art. 5 del Contratto integrativo territoriale di lavoro indica un importo lordo per ogni iscritto di Euro 207,00;

k) viene evidenziato un costo per rinnovo porto d’armi, a carico del datore di lavoro, di Euro 150,00, in luogo degli euro 180,00 previsto dalla Tabella di cui al DM 8 luglio 2009;

l) non sono evidenziati costi per divisa ed equipaggiamento, assumendo che gli stessi sono “ricevuti in comodato gratuito”, laddove, in sede di cessione, è stata convenuta l’utilizzazione della sede operativa e dei cespiti aziendali a titolo gratuito per un periodo massimo di 12 mesi (a fronte di un servizio di durata triennale); avrebbero dovuto, quindi, essere calcolati i costi di acquisto divise;

m) non sono stati evidenziati costi “derivanti da disposizioni di legge”, essenzialmente riferiti a quelli necessari per assicurare operatività 24 ore su 24, ritenendo inesattamente che tali costi pertengano all’uso della struttura o di apparecchiature, dichiarando le stesse ricevute in comodato gratuito;

n) non è stato indicato alcun onere in dipendenza della obbligatoria fornitura di buoni pasto, prevista dall’art. 22 del contratto integrativo territoriale di lavoro;

o) l'Istituto Urbe "ha completamente omesso di richiamare qualsivoglia incidenza dell'onere relativo all'IRAP sul costo di prestazione del servizio";
p) non risulta esatta l'affermazione resa dall'Istituto Urbe in sede di giustificazione, secondo la quale gli accordi sindacali raggiunti in sede di acquisizione del complesso aziendale consentono ulteriori benefici per la sospensione di taluni pagamenti, posto che "non si tratta di una riduzione di costi, ma di un differimento degli stessi", che saranno corrisposti, previo ricalcolo sulla base degli indici ISTAT di rivalutazione del TFR, contestualmente al pagamento della indennità di cessazione del rapporto di lavoro (v. in particolare, pagg. 33-35 ric. intr.).

Alla luce di quanto esposto, la ricorrente concludeva affermando che anche soltanto l'omessa indicazione degli oneri fiscali dovuti a titolo di IRAP, sommata al costo orario dichiarato da Urbe (pur inferiore a quanto dovuto) porterebbe il costo orario ad un livello di 0,5 euro superiore all'offerta da questa formulata in gara. Inoltre "il calcolo dei costi effettivi da sostenersi per la prestazione del servizio porta a concludere che per ogni ora di lavoro prestata nell'appalto in esame, l'Istituto Urbe, adempiendo alle disposizioni normative e contrattuali che si è impegnata in gara a rispettare, registra una perdita secca di almeno 1,10 Euro", il che "porta ad una perdita nel triennio non inferiore a 207.000,00 Euro.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti (notificato il 21 giugno 2010, dep. il 25 giugno 2010), la ricorrente Coopservice – alla luce degli ulteriori atti ai quali era stato consentito l'accesso – richiamati i motivi esposti nel ricorso introduttivo, proponeva i seguenti, ulteriori motivi di ricorso:

violazione artt. 86, 87, 88 d. lgs. n. 163/2006; violazione DM 8 luglio 2009; violazione della lex specialis della procedura aperta; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, errore nei presupposti di fatto; travisamento dei fatti; carente e insufficiente istruttoria; omessa, carente, contraddittoria, illogica motivazione; violazione art. 10 l. n. 241/1990.

Con tali motivi si censura variamente l'operato della Commissione (in relazione alle anomalie già singolarmente specificate nel ricorso introduttivo), affermandosi in particolare:

- a) la Commissione di gara non ha minimamente valutato (pur essendo tenuta a farlo) il contenuto e gli istituti previsti dal Contratto integrativo territoriale di lavoro 16 luglio 2004;
- b) “viene espunta de plano dalla valutazione della Commissione ogni considerazione in ordine alle incidenze IRAP ed IRES sul costo del lavoro”;
- c) la Commissione ha “acriticamente recepito le infondate giustificazioni prospettate da Urbe per le voci di costo da essa Urbe indicate in misura inferiore a quella media indicata in Tabella dal Ministero, omettendo qualsivoglia istruttoria o finanche riscontro documentale”.

Si è costituita in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile, la quale (v. nota depositata il 14 luglio 2010) ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, “in quanto contenente censure sostanzialmente meramente ripetitive di quelle già sollevate nel ricorso principale”, ed ha comunque concluso per il rigetto del ricorso, stante la sua infondatezza.

Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata società “Istituto di vigilanza dell'urbe s.p.a”, , che ha depositato memoria in data 21 giugno 2010 ed ha concluso per il rigetto del ricorso, stante la sua infondatezza. In particolare, la controinteressata ha evidenziato la fondatezza delle giustificazioni addotte a fronte dell'anomalia, sottolineando che:

- ha ricevuto in comodato gratuito oltre all'immobile, ove è ubicata la sede aziendale, tutti i mobili, le suppellettili, la sede operativa, le dotazioni di sicurezza, le divise e quant'altro già facente capo alla cedente, con cospicua riduzione dei costi;
- non tutto il personale è transitato nella nuova azienda (circa 630 su 900

dipendenti), di modo che la nuova società “si è trovata a poter gestire un personale di minore consistenza e quindi procedere senza alcun indugio ad assumere nuovo personale a condizioni retributive e contributive maggiormente favorevoli”; tali aspetti “influiscono e giustificano ampiamente la possibilità di prospettare tariffe meno onerose rispetto a quelle medie stabilite dalla citata tabella FISE”,

- il parametro delle Tabelle FISE non poteva essere utilizzato per determinare l'anomalia, visto che già l'offerta posta a base d'asta dall'amministrazione era al di sotto del cd. costo medio previsto da dette tabelle per il livello di guardia particolare giurata da adibire al servizio.

L'Istituto di vigilanza Urbe s.p.a. inoltre proponeva ricorso incidentale (notificato in data 24 giugno 2010, depositato il successivo 25 giugno), con il quale “eccepisce e contesta la mancata esclusione automatica della Coopservice soc. coop. p.a.”, per i seguenti motivi:

violazione art. 74 d. lgs. n. 163/2006; violazione della lex specialis (bando e disciplinare di gara); eccesso di potere per disparità di trattamento e violazione della par condicio; ciò in quanto la Coopservice, pur avendo presentato un'offerta, come prezzo orario unitario di Euro 17,85, quindi inferiore alla tariffa prefettizia pari a Euro 21,84, non ha allegato all'offerta economica una relazione esplicativa come richiesto dall'art. 9 del disciplinare di gara, a pena di esclusione dal confronto.

Con memoria depositata in data 28 giugno 2010, la Coopservice chiedeva il rigetto del ricorso incidentale, stante la sua infondatezza, ed affermando, in particolare, che “Coopservice ha prodotto nella propria offerta la totalità dei documenti richiesti dalla lex specialis”. Ciò risulta confermato, quanto agli allegati all'offerta economica, dal fatto che la Commissione di gara, nella seduta del 14 dicembre 2009, “attesta, in assenza di rilievi da parte dei presenti (Urbe compresa) la regolarità della documentazione prodotta da tutti i concorrenti, l'inesistenza di qualsivoglia presupposto per l'esclusione

di qualcuno di essi”. Inoltre, la Coopservice evidenzia una serie di ragioni (p. 6 ss.) tese a dimostrare come “l’asserita (in realtà insussistente) assenza della relazione esplicativa non avrebbe comunque potuto determinare l’esclusione”.

Con ordinanza 15 luglio 2010 n. 4126, il T.A.R. invitava l’amministrazione a considerare le eventuali anomalie dell’offerta dell’impresa aggiudicataria alla luce delle doglianze esposte nel ricorso introduttivo e nelle memorie depositate, ed a riferirne con idonea relazione.

Con decreto 14 settembre 2010 n. 129, è stata inoltre disposta istruttoria, eseguita dall’amministrazione con deposito di documenti in data 12 ottobre 2010, unitamente a relazione volta ad ottemperare a quanto disposto con la citata ordinanza collegiale.

Oltre ad ulteriori memorie depositate dalle parti e presenti in atti, la ricorrente depositava ancora:

- memoria in data 21 ottobre 2010, con la quale ha ulteriormente ribadito gli aspetti di anomalia dell’offerta dell’Istituto di vigilanza dell’Urbe;
- ulteriore ricorso per motivi aggiunti (notificato in data 21 ottobre 2010, depositato il successivo 25 ottobre), con il quale si è impugnata la relazione del Capo Dipartimento della protezione civile depositata in data 12 dicembre 2010, avverso la quale si sono riproposti i motivi dedotti con il ricorso originario e ulteriori doglianze (pp. 5-14), vertenti sempre sugli aspetti di anomalia dell’offerta dell’aggiudicataria e sulla illegittimità delle valutazioni effettuate dall’amministrazione.

La controinteressata Istituto di vigilanza dell’urbe depositava memoria in data 21 ottobre 2010, con la quale insisteva per la fondatezza e quindi l’accoglimento del ricorso incidentale, posto che dalla disposta istruttoria si evince che “Coopservice non ha allegato alla propria offerta economica le giustificazioni (relazione esplicativa) relative alla proposta dalla stessa formulata, così come era espressamente previsto dal disciplinare di gara,

all'art. 9". In particolare, l'amministrazione "non si è proprio avveduta di tale rilevante circostanza e, quindi, ha ammesso la Coopservice, dimenticandosi però che le mancavano le giustificazioni e che . . . avrebbe dovuto procedere alla sua esclusione".

Costituitasi la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la protezione civile, il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva fondate le doglianze proposte da Coopservice, considerando errata la valutazione sull'offerta anormalmente bassa proposta dalla controinteressata.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'erroneità della sentenza gravata, sia nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale proposto, sia nella ricostruzione della vicenda della valutazione dell'offerta anomala, sostenendo, in contrario avviso al T.A.R., la sostenibilità dei prezzi proposti in sede di gara.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la protezione civile Coopservice s.coop.p.a., nonché la Centralpol s.r.l., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 25 gennaio 2011, l'esame dell'istanza cautelare veniva rinviato al merito.

Alla pubblica udienza del 17 maggio 2011, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.
2. - Con il primo motivo di ricorso, articolato in tre diversi punti, l'appellante censura la decisione del giudice di prime cure in merito al rigetto del ricorso incidentale proposto in primo grado. La doglianza attiene alla circostanza che la Coopservice s.coop.p.a. non avrebbe ottemperato alla previsione dell'art. 9 del disciplinare di gara, omettendo la presentazione di

giustificazioni unitamente all'offerta economica, giustificazioni da utilizzarsi nel caso che l'offerta fosse stata inferiore al valore previsto nel decreto del Prefetto di Roma del maggio 2007, ed in tal modo avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa dalla gara. La doglianza si sofferma quindi nell'analizzare i tre distinti profili che riguardano il modo con cui il giudice di prime cure ha superato il detto ricorso incidentale.

2.1. - Al primo punto del primo motivo di ricorso, si sottolinea l'erroneità della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto non provato l'inadempimento della Coopservice s.coop.p.a. alla prescrizione prevista dal disciplinare di gara.

In particolare, la difesa appellante censura la motivazione del T.A.R. ritenendo che in tale circostanza si sarebbe di fatto assistito ad una inversione dell'onere della prova.

La doglianza non ha pregio.

La normativa di gara invocata, ossia l'art. 9, prevede al comma 3 che “nel caso in cui il prezzo orario unitario offerto fosse inferiore alle tariffe minime stabilite dal vigente decreto prefettizio la società dovrà, altresì, allegare all'offerta economica una relazione esplicativa, a pena di esclusione dal confronto, che indichi, in dettaglio, tutti gli elementi costitutivi dell'offerta al precipuo fine dello scrutinio e dell'apprezzamento, da parte della Commissione proponente l'aggiudicazione, della remuneratività e dell'affidabilità dell'offerta presentata nel suo complesso” (comma 3).

Esaminando in fatto la vicenda, il giudice di prime cure ha accertato che Coopservice s.coop.p.a. aveva indicato di aver prodotto la detta relazione illustrativa allegandolo all'offerta economica. Successivamente, a seguito di istruttoria, aveva verificato che la documentazione di gara in merito era costituita unicamente da una copia della “busta B-offerta economica” della Coopservice, e una dichiarazione del legale rappresentante della medesima del 10 dicembre 2010, in ordine alla tariffa oraria del servizio valevole quale

offerta. Inoltre, aveva evidenziato il contenuto del verbale della Commissione di gara del 14 dicembre 2010, dove si legge: “Terminato l’esame della documentazione – ritenuta completa e regolare per tutte le offerenti – si procede, per ciascuna di esse, all’apertura del plico contenente l’offerta economica. Viene data lettura delle offerte delle concorrenti, formulata attraverso l’indicazione della tariffa oraria onnicomprensiva, al netto dell’IVA, da cui deriva la seguente graduatoria . . . etc.”.

Il ricostruito profilo fattuale, come espressamente evidenziato in primo grado, si prestava, stante il contrasto tra le dichiarazioni del verbale della commissione e la documentazione effettivamente reperita, ad una duplice lettura, la prima favorevole all’originaria ricorrente, in base alla quale, presentato il documento ed essendovi stato il riscontro da parte della commissione, la sua attuale mancanza dovesse essere spiegata come un eventuale smarrimento; la seconda proposta dall’attuale appellante, fondata sulla mancata rilevazione da parte della commissione della carenza nella produzione della documentazione di gara.

In questo contrasto, appare allora del tutto corretta la lettura operata dal T.A.R. che ha privilegiato il valore probatorio assunto dai verbali della commissione di gara in relazione al riscontro della natura e completezza della documentazione presentata dai partecipanti. Con ciò ha escluso che “in difetto di ogni constatazione circa la incompletezza di documentazione, non è possibile ritenere ex post mancante un documento, con gli effetti giuridici da ciò derivanti, e ciò in quanto, una volta aperta la busta ed a distanza di tempo, non è più possibile accertare con sicurezza se un documento fosse mancante fin dal momento dell’apertura, ovvero che lo stesso sia venuto meno successivamente”.

Tale scelta, lungi dal dare corpo ad un’inversione dell’onere della prova, rappresenta l’applicazione di uno dei principi fondanti della disciplina di gara, quello della massima partecipazione, criterio dal valore discrezionale

sicuramente applicabili in fattispecie caratterizzate dalla difficoltà di accertamento in fatto della situazione sottostante, e si fonda sul valore legale assunto dal verbale della commissione di gara.

Il criterio appare quindi immune dalle censure, dovendo essere integralmente confermato.

2.2. - Al secondo ed al terzo punto del primo motivo di ricorso, si censura la ritenuta inapplicabilità della sanzione dell'automatica esclusione in relazione alla mancata ottemperanza alla previsione dell'art. 9 della disciplina di gara.

Si evidenzia come, stante il tenore esplicito della clausola, questa non poteva essere interpretata, come ha invece fatto il T.A.R., nel senso di non poter comunque essere utilizzata per l'immediata esclusione del partecipante non adempiente, dovendosi anzi ritenere del tutto escluso il potere di sindacato della legittimità di tale previsione.

La censura va respinta.

Premesso che i profili ora in esame non potrebbero comunque portare ad un accoglimento del motivo di ricorso, stante le considerazioni appena espresse sulla mancata prova del suo sostrato di fatto, va in linea di massima condivisa l'argomentazione del T.A.R. che ha evidenziato come sia acclarato nella giurisprudenza nazionale (ma anche in quella comunitaria ed ora implicitamente anche nella normativa nazionale, come si evince dall'abrogazione dell'art. 86 comma 5 del codice dei contratti pubblici), come le clausole della disciplina di gara che prevedano oneri giustificativi anteriori al momento della verifica di anomalia abbiano una condivisibile funzione di accelerazione e semplificazione del procedimento, ma non possano essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione, atteso che la verifica delle offerte anomale deve avvenire in contraddittorio, dopo la presentazione delle offerte, e deve essere sempre consentito all'offerente di presentare le

giustificazioni nel momento in cui si svolge la verifica di anomalia.

Nel dettaglio, poi, la lettura operata dal T.A.R. dei contenuti stessi della clausola appare corretta, in quanto, soffermandosi sui presupposti della stessa, ed in particolare sull'esistenza di un vigente decreto prefettizio che stabilisca le tariffe minime dei servizi di vigilanza mediante guardie particolari giurate, il giudice di prime cure abbia escluso l'esistenza di tale elemento.

Così ragionando, vengono meno i rilievi critici operati dall'appellante in relazione all'impiego che la stazione appellante avrebbe potuto fare di tale atto il quale, non valevole giuridicamente, non aveva alcune possibilità di legittima assunzione tra i presupposti per le decisioni della stazione appellante.

La censura va quindi respinta.

3. - Con il secondo motivo di ricorso, l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso proposto da Coopservice s.coop.p.a., dolendosi della valutazione del giudice sull'esistenza di anomalie nell'offerta presentata. Premesso quindi come la congruità dell'offerta è esito di un giudizio sulla sua complessiva attendibilità, e non da una analitica disamina delle singole poste, l'appellante ha difeso la correttezza della propria offerta in relazione alle diverse voci sulle quali si erano accentrata la questione.

3.1. - La doglianza non può essere condivisa.

In via preliminare, va osservato che se è certamente vero che la valutazione dell'attendibilità dell'offerta deve essere effettuata nel suo complesso (e tale principio può cogliersi agevolmente dal raffronto tra l'attuale ed il previgente testo del comma 1 dell'art. 88 del codice dei contratti pubblici, da cui è stato espunto il riferimento alle solo componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse), ciò non implica che tale giudizio sia indifferente dalle giustificazioni stesse offerte in relazioni alle singole voci di prezzo. La valutazione complessiva è infatti il frutto della disamina

dell'intera offerta come risultante a seguito della disamina di anomalia, parametrata al prezzo offerto in sede di aggiudicazione, e non l'esito un diverso giudizio, non collegato alle risultanze della verifica di congruità.

Ciò non permette di escludere, anzi implica, la rilevanza delle giustificazioni offerte in relazione alle voci di prezzo anormalmente basse, che devono quindi essere esaminate partitamente.

Proprio in rapporto a tali singoli elementi, la sentenza gravata appare immune dalle censure proposte, in quanto effettivamente non è stata fornita la prova della correttezza delle voci oggetto di chiarimenti, facendo emergere come la commissione abbia di fatto sottoscritto i chiarimenti forniti, senza procedere ad una loro autonoma ponderazione e quindi venendo meno al compito ad essa assegnato.

Premesso che il disciplinare di gara (art. 6, punto 4.11) imponeva che venissero applicate in favore dei lavoratori dipendenti "condizioni giuridiche retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti di lavoro e dagli accordi nei luoghi in cui attualmente il concorrente svolge la propria opera, se più favorevoli", la disamina delle singole voci andava effettuata, come poi ha correttamente fatto il T.A.R., in rapporto alla congruenza tra tale previsione generale e le singole voci attinenti alla retribuzione spettante. E proprio in rapporto ai singoli elementi costitutivi, è emersa la non congruità dell'offerta, non potendosi certamente condividere il rilievo superficiale per cui il minore costo della voce "retribuzione" (risultata inferiore del 3,4 % rispetto al costo medio di cui al D.M. Lavoro 9 luglio 2009), fosse semplicemente giustificato dalla presenza di una cessione di azienda.

Ed in particolare, in riferimento alla prima delle voci in esame, quella relativa agli scatti di anzianità, giustamente il T.A.R. non ha condiviso l'affermazione della stazione appaltante secondo cui "l'Istituto ha raggiunto l'accordo, con le competenti rappresentanze sindacali, nel rispetto del

CCNL di riferimento, di proporre nuove assunzioni a tutti i dipendenti della cedente società . . . e quindi di provvedere ad instaurare con gli stessi rapporti di lavoro ex novo e come tali aventi base retributiva priva degli scatti di anzianità . . . ; conseguentemente, l'amministrazione ha ritenuto coerente che anche la tredicesima e la quattordicesima risultino ridotte rispetto al valore medio indicato nel decreto ministeriale”.

Ha, infatti, osservato il primo giudice come dagli atti, ed in dettaglio dal “verbale di consultazione e accordo” del 9 luglio 2009 allegati, emergesse che “pur in presenza di un'assunzione ex novo, nonché sulla base delle espresse pattuizioni qui convenute, ai dipendenti verrà riconosciuto da parte dell'acquirente un numero di scatti di anzianità pari a quelli maturati alla data di efficacia della cessione, con esclusione di quelli previsti dagli accordi integrativi non più applicati”. Pertanto, l'obbligazione retributiva non poteva escludere, ritenendo pari a zero, il computo degli scatti di anzianità che in ogni caso sarebbero dovuti essere attribuiti, seppur nei limiti dell'accordo sopra richiamato.

Sulla seconda voce, attinente gli oneri contributivi, il T.A.R., evidenziato come la Commissione in data 30 aprile 2009 avesse dato conto di uno “sgravio medio 20% su nuovi contratti di lavoro” e che la relazione del Dipartimento della protezione civile avesse sostenuto che tale vantaggio derivasse dall'inquadramento previdenziale presso l'INPS, ha potuto agevolmente notare come tale situazione non fosse provata allo stato degli atti, non potendo quindi fondare un giudizio positivo su una mera possibilità, al momento non ancora riconosciuta dall'ente previdenziale.

Analogamente, in relazione alle voci terza ed alla quarta voce oggetto di scrutinio e riguardanti i costi per il rinnovo dei permessi di porto d'arma ed i costi per attrezzature e strutture, il T.A.R. non ha condiviso la lettura datane dalla stazione appaltante, che aveva semplicemente ritenuto tali elementi coerenti con il fatturato societario.

Si tratta, in effetti, di una giustificazione che non rende ragioni della valutazione fattane in sede di presentazione di offerta, atteso che, per quanto ricadenti sul datore di lavoro che è tenuto a farvi fronte con la propria organizzazione, andavano parimenti dimostrati. Pertanto l'operato della commissione andava certamente censurato, non avendo fondato la propria decisione su elementi concreti di riscontro.

Infine, con riguardo alla quinta voce, riguardante il pagamento dell'IRAP, la sentenza va condivisa nella parte in cui evidenzia come la commissione non abbia svolto alcuna valutazione in merito, e quindi non adempiendo quindi al compito ad essa spettante.

Conclusivamente, si avui dove il T.A.R. ha espressamente esaminato le operazioni della commissione di gara, censurandone in dettaglio il giudizio espresso, sia vuoi dove si è sia invece unicamente limitato ad evidenziare l'assenza di valutazione da parte dello stesso organo, è emerso con chiarezza come la disamina di anomalia non sia stata condotta secondo i criteri imposti dalla normativa vigente e dal disciplinare di gara, imponendo quindi dunque condivisibilmente l'annullamento degli atti de quibus.

4. - L'appello va quindi respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 10213 del 2010;
2. Condanna Istituto di vigilanza dell'Urbe s.p.a. e la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la protezione civile, in solido tra loro, a rifondere a Coopservice s.coop.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €. 3.000,00 (euro tremila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., C.N.A.P. e

rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Paolo Numerico, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/08/2011

IL SEGRETARIO

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