

N. 00963/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03750/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3750 del 2011, proposto da:

Cooperativa Sociale Servizi Sociali, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Merlo, con domicilio eletto presso Egidio Incorpora in Catania, via Aloï, 46;

contro

Comune di Milazzo, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Gitto, con domicilio eletto presso lo stesso in Catania, viale XX Settembre, 28;

nei confronti di

Coop. Soc. Genesi, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Calogero Cicero e Aurelio Rundo Sotera, con domicilio eletto presso Fabio Capizzoto in Catania, piazza Trento, 2;

per l'annullamento

- della determinazione n. 564 del 15 novembre 2011, con la quale il dirigente del I Dipartimento del Comune di Milazzo, ha approvato gli atti della procedura aperta con offerta economicamente più vantaggiosa per

l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare anziani del comune di Milazzo - CIG 3187677A44 e aggiudicato definitivamente la gara alla cooperativa controinteressata;

- della proposta di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva della stessa alla cooperativa controinteressata avanzata dal RUP in data 14 novembre 2011;

- del verbale n. 6 del 24 ottobre 2011.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milazzo e di Coop. Soc. Genesi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2013 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Milazzo (ME), per garantire l'assistenza domiciliare agli anziani, si determinava a ricorrere ad una procedura aperta al fine di individuare il soggetto con cui concludere un contratto avente ad oggetto la prestazione dei relativi servizi, a tal fine rendendo pubblico un apposito bando di gara (corredato da un ulteriore disciplinare, destinato a fare corpo unico con l'atto prima indicato).

La procedura veniva aggiudicata alla Società Cooperativa Sociale Genesi.

La Cooperativa Sociale Servizi Sociali classificatasi seconda), proponeva il ricorso in epigrafe notificato in data 16/12/2011, depositato in data 29/12/2011, lamentando la mancata attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante, in

relazione all'offerta presentata dalla cooperativa risultata poi vincitrice.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata, con atto depositato presso gli uffici di segreteria il 31/01/2012, ivi eccependo la irricevibilità del ricorso per tardività, la sua inammissibilità per la mancata impugnazione del verbale del 30/11/2011 di inizio anticipato del servizio sotto riserva di legge, e la sua infondatezza nel merito.

Si costituiva in giudizio anche la controinteressata Società Cooperativa Sociale Genesi, con atto depositato il 09/01/2012, all'interno del quale veniva contestata la ricostruzione proposta dalla ricorrente circa il carattere anomalo della propria offerta, e di conseguenza ribadita la correttezza dell'operato dell'Amministrazione nel non averla sottoposta al procedimento di verifica.

Faceva seguito la proposizione di un distinto ricorso incidentale da parte della Società Cooperativa Sociale Genesi, con notifica avviata in data 16/01/2012 e successivo deposito presso gli uffici di segreteria il 31/01/2012.

All'interno del ricorso incidentale la controinteressata contestava al ricorrente l'omessa e/o incompleta dichiarazione sui soggetti muniti del potere di rappresentanza (in violazione dell'art. 38, comma primo, lettera c), del D.Lgs. n. 163/2006), l'inidoneità delle referenze bancarie prodotte a riprova della capacità economica di quello (in violazione dell'art. 41, primo comma, lettera a), del D.Lgs. n. 163/2006), e la consequenziale mancanza di interesse in ordine al ricorso principale proposto.

Con ordinanza collegiale n. 154/2012 veniva respinta l'istanza cautelare proposta col ricorso introduttivo per mancanza di un sufficiente fumus boni juris.

Dopo una replica della ricorrente alle censure proposte con il ricorso incidentale (memoria del 06/02/2012 con la quale veniva ritenuta sufficiente la dichiarazione presentata unicamente dal proprio legale

rappresentante, e la idoneità delle referenze bancarie presentate ai fini della prova della propria capacità economica), il procedimento perveniva all'esame del Collegio ai fini della decisione nell'udienza pubblica del 13/03/2013. Senza che potessero essere esaminate, ai fini della decisione, le ulteriori argomentazioni svolte all'interno della memoria depositata presso gli uffici di segreteria del giudice adito in data 01/03/2013 dall'amministrazione intimata, stante la tardività della stessa a norma del combinato disposto degli artt. 73, primo comma, e 120, secondo comma, C.P.A., e la mancata accettazione del contraddittorio ad opera delle altre parti processuali.

DIRITTO

I) Il Collegio è innanzitutto chiamato a pronunciare sulle eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso principale proposte dall'amministrazione intimata.

I.1) Quanto alla prima, il Collegio ritiene che essa debba essere respinta alla stregua dell'indirizzo giurisprudenziale - prevalente - che vede nell'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria una mera facoltà per il soggetto che se ne senta pregiudicato (in termini, Cons. Stato, A. P., sent. 31 luglio 2012, n. 31; Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3671).

Legittimamente, dunque, il ricorrente ha impugnato la determinazione n. 564 del 15/11/2011 del Dirigente del I° Dipartimento (Affari Generali e Servizi Sociali) del Comune di Milazzo, con la quale si era proceduto alla definitiva approvazione degli atti di gara, piuttosto che il verbale n. 6 del 24/10/2011 della Commissione giudicatrice, con il quale si era individuata la Società Cooperativa Sociale Genesi come aggiudicataria provvisoria.

D'altra parte, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura di gara, a norma del quinto comma dell'art. 120 C.P.A., decorre dalla comunicazione effettuata al soggetto secondo

classificato a norma dell'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2011, piuttosto che dalla data obiettiva di adozione dell'atto impugnato, sicché sarebbe stato onere dell'Amministrazione intimata provare la data di detta comunicazione. In assenza di che, il Collegio non può dichiarare l'irricevibilità del ricorso principale, quale che sia la data di adozione del provvedimento impugnato.

I.2) Parimenti infondata risulta l'eccezione d'inammissibilità del ricorso principale per mancata impugnazione del verbale di consegna, sotto riserva di legge, del 30/11/2011, con il quale l'Amministrazione intimata ha disposto l'esecuzione anticipata del servizio da parte dell'aggiudicatario provvisorio. Invero, l'anticipata esecuzione del contratto rappresenta una mera circostanza di fatto, preclusiva – in tutto od in parte - della futura possibilità di tutela in forma specifica delle ragioni del secondo classificato/ricorrente, ma non tale da poter inficiarne la garanzia di tutela giurisdizionale nelle forme e nei tempi ordinari previsti dal codice di rito.

II) Passando al ricorso incidentale, di natura pregiudiziale (per le dedotte cause di esclusione della cooperativa ricorrente), il Collegio ritiene che esso debba essere rigettato per le ragioni appresso indicate.

II.1) Con riguardo alla non esaustiva dichiarazione ex lettera c), primo comma, art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 il Collegio non ritiene di dover negativamente valutare la scelta, effettuata dalla stazione appaltante di ammettere con riserva la ditta poi risultata aggiudicataria, richiedendo nel contempo alla stessa di integrare la dichiarazione in relazione a n. 3 ulteriori soggetti suoi legali rappresentanti, rispetto ai due già indicati all'interno dell'atto di offerta.

Benchè, infatti, la integrazione successiva della documentazione sia tale da porsi in potenziale contrasto con il principio della par condicio fra i concorrenti (per l'operare del quale, in senso preclusivo, ex plurimis e più di recente, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 28 agosto 2012, n. 4592), il Collegio ritiene che, nel caso di specie, la richiesta in tal senso formulata

dall'amministrazione intimata si riferisca ad uno stato di fatto interamente preesistente all'avvio della pubblica gara. Di conseguenza, accedendo ad una tesi secondo cui "il dovere di soccorso deve essere ricostruito, piuttosto che in termini di errore scusabile, come rimedio attinente ai soli requisiti storici di partecipazione (ovvero quelli "che attengono a caratteri preesistenti dell'impresa, quali l'affidabilità tecnica ed economico-finanziaria"), e non pure agli elementi di gara, per i quali deve escludersi la regolarizzazione poiché gli altri concorrenti possono vantare pretese qualificate a far valere gli effetti della decadenza" (T.A.R. Veneto, sez. I, sent. 21 aprile 2004, n. 1145; T.A.R. Veneto, sent. n. 4474/2004; T.A.R. Campania – Napoli, sent. n. 7275/2005), il Collegio ritiene legittima la disposta integrazione documentale, in difformità da quanto postulato dal ricorrente incidentale, con rigetto del relativo motivo di ricorso

II.2) Quanto alla dedotta violazione delle norme sulla prova della capacità economica da parte degli offerenti, per la incerta riferibilità ad un soggetto abilitato delle referenze bancarie presentate dalla Cooperativa Sociale Servizi Sociali, la censura proposta dal ricorrente incidentale deve essere rigettata per non avere agli assolto all'onere della prova su di lui gravante, in conformità a quanto previsto dal primo comma dell'art. 64 C.P.A. Si chiede infatti al Collegio di compiere un sindacato, il quale esige l'esame di un atto che il ricorrente incidentale non ha mai prodotto in allegato ai propri atti defensionali, nè – ove sussistessero difficoltà non superabili nella sua acquisizione – fatto oggetto di specifica richiesta all'indirizzo del giudice adito circa l'adozione di un apposito ordine di sua esibizione nei confronti dell'amministrazione intimata e/o del contro interessato, secondo quanto previsto secondo comma dall'art. 63 C.P.A.

II.3) In conseguenza della reiezione dei due precedenti motivi, cade quindi, con essi, andando incontro ad una pronuncia di rigetto in via derivata, il motivo relativo al difetto di un interesse alla coltivazione del ricorso da

parte della Cooperativa Sociale Servizi Sociali.

III) Passando, ora, all'esame delle censure proposte con il ricorso principale, esse si incentrano sul ritenuto illegittimo operato della stazione appaltante nell'omettere di esercitare – malgrado ciò risultasse doveroso per l'operare degli artt. 86 e 87 del D.Lgs. n. 163/2006 - i poteri di controllo in ordine all'eventuale anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria.

L'argomento non è condivisibile dovendosi distinguere con riguardo al carattere doveroso o discrezionale della omessa verifica dell'offerta.

III.1) Con riguardo al carattere dovuto del comportamento omissivo invece imputato all'Amministrazione intimata, occorre preliminarmente richiamare il testo del secondo comma dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006, alla cui stregua “nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.”. Nel caso di specie, malgrado per l'offerta economica, con riferimento ad un ribasso del 100%, risulta (secondo un facile calcolo, rispetto al punteggio massimo di settanta punti attribuibili per l'offerta tecnica) che la soglia critica dei 4/5 è rappresentata dal punteggio di 56: abbondantemente al di sotto del quale si è posto quello concretamente conseguito dalla Società Cooperativa Sociale Genesi, pari a 51,00 punti.

Correttamente, dunque, quest'ultima sostiene che alcun obbligo di verifica gravasse sull'Amministrazione.

III.2) Quanto invece all'astratta possibilità di attivare il procedimento di verifica in via discrezionale, non basta, per censurare l'operato dell'Amministrazione intimata, il richiamo al comma terzo del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui “In ogni caso le stazioni appaltanti possono

valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”, ma occorre invece, secondo la prevalente giurisprudenza, che la scelta operata risulti “manifestamente irragionevole” (in termini, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 16 novembre 2010, n. 8069; Consiglio Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748), alla stregua di elementi puntuali e specifici che è onere del ricorrente dedurre ex adverso.

Ma a tali elementi il Collegio non ritiene possa corrispondere il generico riferimento della ricorrente ad indimostrate voci di costo per la gestione del punto di assistenza previsto dal contratto; sicché anche il presente profilo di censura dev'essere respinto.

Per completezza, si consideri che, è pur vero che il ribasso praticato dall'aggiudicataria, è obiettivamente estremo, ma la Genesi, secondo quanto è pacifico in atti, è una onlus, ed in relazione a tale circostanza la decisione dell'Amministrazione (di non procedere ad alcuna discrezionale verifica dell'offerta) non appare palesemente irragionevole.

Del resto, connotandosi l'offerta economicamente più vantaggiosa, non solo per il prezzo, ma anche per il complesso degli elementi indicati dall'art. 83 D.Lgs. n. 163/2006, è evidente che, nel coacervo di essi, la totale assenza dell'utile di impresa non può, di per sé, denotare una palese inaffidabilità dell'offerta.

In sostanza, il fatto che Genesi abbia pratica un ribasso del 100% sul prezzo deriva dall'essere essa un ente no-profit per il quale è ammessa la possibilità di operare senza perseguire utili (cfr. TAR Catania sent. n. 753 del 28/03/2011), con la conseguenza che la relativa offerta è stata correttamente valutata nel complesso di tutti gli elementi che la compongono.

Perspicua e pertinente è, in materia, la sentenza del Tar Sicilia, Palermo, n. 1457 del 6 novembre 2008 nella quale viene precisato che, con riguardo al sistema di aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, l'art. 86 comma 2 D.Lgs. n. 163/2006 rende obbligatorio un metodo di individuazione ex lege dell'anomalia, senza alcun margine di apprezzamento discrezionale, delle offerte economiche rientranti nei parametri numerici indicati nella norma, con la conseguenza che l'eventuale richiesta di giustificazioni integrative può essere discrezionalmente avanzata dalla stazione appaltante solo in caso di motivata insufficienza della documentazione già presentata in sede di offerta.

IV) In conclusione, il Collegio, rigettato il ricorso incidentale, rigetta parimenti il ricorso principale; stante la peculiarità delle questioni trattate, ritiene sussistere giustificati motivi per disporre la totale compensazione delle spese processuali fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), rigetta tanto il ricorso incidentale quanto quello incidentale, per le ragioni addotte in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nelle camere di consiglio dei giorni 13 e 27 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/04/2013

IL SEGRETARIO

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