

N. 02401/2013REG.PROV.COLL.
N. 05214/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5214 del 2011, proposto da:

Ecological Systems s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Armando Profili e Mario Della Luna, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, V. Palumbo, n. 26;

contro

Comune di Sant'Arcangelo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Fortunato e Dario Gioia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido Lenza, in Roma, via XX Settembre, n. 98/E;

il Responsabile del Procedimento, Geom. Domenico Claps, non costituito in giudizio;

Ciclat Trasporti Soc. Coop. S.r.l., Soc. Eco Impianti S.r.l., Soc. General Enterprise S.r.l., Soc. Geo-S Srl e Soc. Basilicata Pulita S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Basilicata – Potenza, Sezione I, n. 00187/2011,

resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposta da Ecological System s.r.l. per l'annullamento della determinazione n. 144 del 12.4.2008, del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Sant'Arcangelo, di aggiudicazione alla Ciclat Trasporti soc. coop. S.r.l. della gara per l'appalto del servizio di igiene ambientale nel territorio del Comune; nonché per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Arcangelo;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 novembre 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati De Vivo, per delega degli Avvocati Profili e Della Luna, e Fortunato;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la Ecological System s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato respinto il ricorso dalla stessa proposto per l'annullamento della determinazione n. 144 del 12.4.2008, del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Sant'Arcangelo, di aggiudicazione alla Ciclat Trasporti soc. coop. S.r.l. della gara per l'appalto del servizio di igiene ambientale nel territorio del Comune.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Error in iudicando per eccesso di potere per manifesta infondatezza della motivazione in ordine all'utile che la impresa aggiudicataria dovrebbe ricavare dall'espletamento del servizio. Violazione della par condicio tra i partecipanti, violazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva n. 93/37/CEE, violazione degli artt. 87 e segg. del d. lgs. n. 163/2006. Error in

procedendo per difetto di istruttoria, carente e erronea motivazione, travisamento di fattispecie, contraddittorietà, omessa considerazione di punto decisivo della controversia.

La censura che la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per mancato utile è stata respinta dal T.A.R. nell'incondivisibile assunto che era comunque garantito un utile di oltre quattromila euro.

Le tesi non sarebbero tuttavia condivisibili.

2.- Error in iudicando ed in procedendo, difetto di motivazione, carente istruttoria, omessa considerazione di un punto decisivo della controversia.

Il T.A.R. erroneamente non ha valutato che dall'offerta originaria doveva quanto meno essere detratto l'importo delle agevolazioni non dovute e che in ogni caso avrebbe dovuto essere valutato con esattezza se la fruizione del credito di imposta fosse riferita a tutte le unità lavorative o solo ad una unità eccedente i sei dipendenti che avrebbero dovuto effettuare il passaggio di cantiere.

3.- Error in iudicando ed in procedendo, difetto di motivazione, carente istruttoria, omessa considerazione di un punto decisivo della controversia e contraddittorietà.

Erroneamente il TAR ha respinto il terzo motivo di ricorso con il quale era stato dedotto che comunque la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché l'offerta formulata in un primo tempo non era conforme a quanto richiesto dal capitolato speciale di appalto, con particolare riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 2 e 20, a quelle di cui all'art. 16 del C.C.N.L. di categoria ed a quelle di cui all'art. 36 della Costituzione.

Con atto depositato il 19.7.2011 si è costituito in giudizio il Comune di Sant'Arcangelo, che ha chiesto la reiezione dell'appello.

Con memoria depositata il 22.7.2011 il Comune resistente ha eccepito la inammissibilità dell'appello per difetto di interesse (non essendo stata fornita la prova di resistenza in ordine alla anomalia della sua offerta),

nonché ha dedotto la infondatezza del primo motivo e la inammissibilità del secondo e terzo per non essere stato censurato quanto asserito in sentenza ma solo ribadite le censure di cui al ricorso introduttivo; ha quindi concluso per la reiezione.

Con memoria depositata il 23.10.2012 la Amministrazione resistente ha ribadito le già formulate deduzioni e domande, in particolare evidenziando che il contratto di appalto stipulato dall'1.5.2008 sarebbe scaduto dopo cinque mesi, con impossibilità di subentro; comunque ha escluso la sussistenza dei presupposti per il risarcimento danno.

Con memoria depositata il 26.10.2012 la parte appellante ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 2.11.2012 il Comune resistente ha replicato alle avverse argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 13.11.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla Società Ecological Systems s.r.l., di annullamento o di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale era stato respinto il ricorso dalla stessa proposto per l'annullamento della determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Sant'Arcangelo, di aggiudicazione alla Ciclat Trasporti soc. coop. s.r.l. della gara per l'appalto del servizio di igiene ambientale nel territorio del Comune.

2.- Innanzitutto, il Collegio ritiene di poter prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità dell'appello formulate dalla difesa del Comune resistente stante la infondatezza del gravame.

3.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che la appellante aveva dedotto in primo grado che la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa

sia perché, come da allegata perizia, il canone annuo da essa offerto era produttivo di perdita, sia perché non poteva beneficiare del credito di imposta di cui all'art. 2, comma 539, della l. n. 244/2007 senza violare l'art. 6, comma 1, del C.C.N.L. del 30.4.2003 (che sancisce il passaggio al nuovo gestore del personale del precedente), sia perché, ex comma 544 di detto art. 2, il credito di imposta spetta solo per i lavoratori assunti in più rispetto a quelli prima indicati; inoltre perché con il secondo quadro economico giustificativo della offerta era stato aumentato il canone annuo di 25 centesimi; infine perché la previsione di ricavo di € 10.000,00 per il primo anno e di € 25.000,00 per gli altri quattro anni dalla vendita di rifiuti era incerto.

Il T.A.R., premesso che il giudizio di anomalia costituisce valutazione tecnico discrezionale sindacabile solo per errori di fatto e di irrazionalità sicché può essere effettuato solo allo scopo di valutare se l'offerta nel suo insieme è seria ed attendibile, ha sostenuto che comunque per il lavoratore in più spettava un credito di imposta mensile di € 333,00, che il diverso canone annuo offerto è frutto di errore materiale, che in sede di verifica possono essere rimodulate le quantificazioni dei costi e dell'utile purché non venga modificato l'importo complessivo della offerta formulata, che le stime di vendita apparivano credibili. Tenuto conto di tutto quanto precede era garantito un utile di oltre quattromila euro.

Dette tesi non sarebbero tuttavia condivisibili, atteso, in primo luogo, che già in sede di prime giustificazioni emergevano variazioni sostanziali di tutte le principali voci di costo e degli oneri di sicurezza (non soggetti a ribasso e da indicare in sede di offerta), tanto che la stessa commissione le qualificava come un nuovo quadro economico, che alla fine non ha giustificato l'utile minimo ipotizzato in sede di gara, che comportato un diverso canone annuo superiore di 25 centesimi.

Sarebbe invero consentita solo la modificazione delle giustificazioni delle

singole voci di costo o un aggiustamento di queste che trovi fondamento in fatti o norme sopravvenuti comportanti riduzioni di costi, o errori di calcolo o ragioni plausibili, ma non potrebbero esse essere rimodulate senza giustificazione solo per far quadrare i conti.

Inoltre per giustificare l'esiguo utile sarebbe inutile il richiamo all'utilizzo dei crediti di imposta per i lavoratori assunti, atteso che le agevolazioni contributive in vigore sono quelle richiamate dalla l. n. 407/1990 e per usufruirne i lavoratori devono essere inoccupati da almeno 24 mesi dall'assunzione, sicché, per i sei lavoratori da assumere ex art. 6 del CCNL, che erano già occupati presso la ditta che svolgeva il servizio in precedenza, non può usufruire di detto credito.

Tanto premesso in termini generali è stato evidenziato più specificamente al riguardo che, contrariamente a quanto asserito dall'appellata, in base ai commi 543, lettere a), b) e d) e 544, comma 2, della l. n. 244/2007, il credito di imposta spettava solo per il numero di lavoratori di nuova assunzione oltre a quelli assorbiti dall'impresa sostituita, quindi, nel caso di specie, solo per uno.

Con riferimento all'utile di impresa è stato poi evidenziato che, anche se il limite medio fissato dall'art. 14 della l. n. 741/1981 non è invalicabile, la operazione economica deve essere vantaggiosa per l'impresa, anche se può usufruire di agevolazioni economiche e di norme a sostegno.

Con riferimento alla giustificazione del conseguimento di un utile ulteriore nel corso degli anni derivante dalla vendita di materiale acquisito con la raccolta differenziata è stato dedotto che esso non sarebbe suffragato da elementi obiettivamente riscontrabili ed attuali.

3.1.- La Sezione ritiene di poter condividere le tesi poste dal primo Giudice a fondamento della reiezione del motivo in esame.

Invero tutte le censure relative alla circostanza che la aggiudicataria non poteva beneficiare del credito di imposta di cui all'art. 2, comma 539, della

l. n. 244/2007 per tutti i lavoratori in quanto sei sarebbero passati al nuovo gestore provenendo dal personale del precedente è stata superata dal T.A.R. sulla base dell'incontrovertibile e condivisibile assunto che comunque per il lavoratore in più spettava un credito di imposta mensile di € 333,00.

Pure condivisibile è la tesi che in sede di verifica possono essere rimodulate le quantificazioni dei costi e dell'utile purché non venga modificato l'importo complessivo della offerta formulata, atteso che (premessi che nell'interpretazione del dato normativo non può trascurarsi che la "ratio" cui è preordinato il meccanismo di verifica della offerta anomala è pur sempre la piena affidabilità della proposta contrattuale, senza però che possa essere modificato l'importo complessivo dell'offerta presentata) è condivisibile l'orientamento giurisprudenziale (Consiglio Stato, Sez. V, Sent. n. 653 del 10.2.2010), secondo cui l'impresa aggiudicataria può, nell'ambito del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta presentata, rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile, indicate nella relazione giustificativa dell'offerta economica.

Il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala deve prevedere la inammissibilità solo delle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta che invece non è stata adeguatamente meditata, risultano tardivamente finalizzate ad un'allocazione dei costi diversi rispetto a quella originariamente indicata. Per le stesse ragioni non è consentita l'immotivata rimodulazione di voci di costo al solo scopo di far quadrare i conti, al fine cioè di assicurare che il prezzo complessivo offerto resti immutato, superando le contestazioni della stazione appaltante su alcune voci di costo; ciò proprio perché, nel giudizio di congruità dell'offerta, esplicazione di valutazioni tecniche sindacabili solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale, non è in questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche la sua serietà (Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2012, n. 6117).

Orbene nel caso di specie non ritiene la Sezione, visti e condivisi i calcoli e le argomentazioni contenuti in sentenza, che sia stata fornita idonea prova della circostanza che siano state poste in essere variazioni sostanziali delle principali voci di costo e degli oneri di sicurezza che alla fine non abbiano giustificato l'utile minimo ipotizzato in sede di gara, pur avendo comportato un diverso canone annuo superiore di meri 25 centesimi, o che esse variazioni sino state poste in essere solo al fine di far quadrare i conti e di far apparire artificiosamente seria l'offerta di cui trattasi.

Rientrava infatti nella discrezionalità tecnica della Commissione valutare la essenzialità di dette variazioni nel corso della effettuata verifica e non risultano essere stati dimostrati con le deduzioni di cui a pagg. 12-14 dell'atto di appello, scostamenti tali da determinare nel loro complesso manifesta illogicità delle conclusioni cui è pervenuta.

Del tutto irrilevante appare poi lo scostamento del canone annuo di soli 25 centesimi, che ben può derivare da arrotondamenti effettuati nel corso della effettuazione dei calcoli.

Quanto alla circostanza che la giustificazione del conseguimento di un utile ulteriore nel corso degli anni derivante dalla vendita di materiale acquisito con la raccolta differenziata non sarebbe suffragato da elementi obiettivamente riscontrabili ed attuali, la Sezione rileva che deve condividersi, anche per comune esperienza circa la esistenza di un mercato di commercializzazione dei rifiuti riciclabili (che nel caso di specie, in base al capitolato speciale appartengono per il 75% all'appaltatore), quanto sostenuto al riguardo il Giudice di prime cure, che ha ritenuto valida a dimostrare la possibilità concreta di conseguimento di detti ricavi, in particolare, la circostanza che l'aggiudicataria Ciclat Trasporti ha dimostrato di avere rapporti societari con una società che gestisce nei pressi della sede della suddetta un centro di selezione e recupero di rifiuti speciali non pericolosi, cui, con contratto del 2008, si era impegnata a cedere il materiale

proveniente dalle raccolte differenziate, che può anche essere trasportato con notevoli risparmi usufruendo di sinergie con società di trasporto merci. Le censure in esame non possono essere quindi condivise.

4.- Con il secondo motivo di gravame è stato affermato che il T.A.R. erroneamente non ha valutato che dall'offerta originaria doveva quanto meno essere detratto l'importo delle agevolazioni non dovute ed in ogni caso avrebbe dovuto essere valutato con esattezza se la fruizione del credito di imposta fosse riferita a tutte le unità lavorative o solo ad una unità eccedente i sei dipendenti che avrebbero dovuto effettuare il passaggio di cantiere. Inoltre desterebbe perplessità la circostanza che il quadro giustificativo della offerta economica valutava analiticamente solo gli impegni per i servizi principali, senza argomentare in ordine ai successivi costi preventivati rispetto a tutti i servizi connessi, il che sarebbe rilevante perché doveva comportare la esclusione della società in quanto l'offerta non esplicitava gli impegni di spesa.

4.1.- Osserva la Sezione che al riguardo è stato condivisibilmente ribadito in sentenza che il credito di imposta di € 333,00 era riferibile alla sola unità lavorativa che doveva essere assunta oltre i sei lavoratori che dipendevano dal precedente gestore, da reimpiegare, ex art 6, comma 1, del CCNL del 2003 e art. 20 del capitolato speciale, nella appellata società cooperativa di lavoro (che in quanto tale gode anche di agevolazioni contributive e fiscali); inoltre è stato convincentemente dedotto con riguardo alla indicazione nel quadro economico giustificativo della offerta presentato dalla aggiudicataria che esso teneva conto sia delle prestazioni relative ai servizi principali dell'appalto che delle altre prestazioni, indicate nella offerta tecnica e anche se non quantificate nel quadro economico allegato ad essa, pur essendo stato esplicitato il monte orario complessivo di lavoro relativo solo ai servizi principali.

5.- Con il terzo motivo di appello sono state contestate la ragioni poste a

fondamento della reiezione del terzo motivo di ricorso con il quale era stato dedotto che comunque la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché l'offerta formulata in un primo tempo non era conforme a quanto richiesto dal capitolato speciale di appalto ed in particolare alle disposizioni di cui agli artt. 2 e 20, a quelle di cui all'art. 16 del C.C.N.L. di categoria ed a quelle di cui all'art. 36 della Costituzione. Poiché le unità lavorative avrebbero dovuto essere almeno sei, il monte ore individuale di 1.887,6 andava moltiplicato per tale cifra, ottenendo un monte ore complessivo minimo di 11.325,6 ore, mentre il quadro economico giustificativo dell'offerta della aggiudicataria indicava un monte di sole 10.504 ore, con un impegno di spesa corrispondente ad un numero di ore inferiore a quello minimo previsto dal capitolato speciale.

La commissione ha ritenuto che l'impiego annuo per ogni unità, al netto delle detrazioni di ore non disponibili alla produzione, per effetto di disposizioni di legge e contrattuali fosse pari ad ore 1641. Nel quadro giustificativo erano stati valutati analiticamente solo gli impegni per i servizi principali. Ma il C.C.N.L. autorizza assenze solo per malattia, ecc. e riconosce per esse il diritto alla retribuzione.

Inoltre nel quadro economico giustificativo dell'offerta la società aggiudicataria aveva inserito tutte le attività che la commissione ha indicato come secondarie (ammontanti a 1248 ore annue di lavoro) nella voce spazzamento, sicché le ore indicate sarebbero insufficienti.

5.1.- Osserva la Sezione che al riguardo il T.A.R. ha affermato che nel quadro economico giustificativo dell'offerta la aggiudicataria Soc. Coop Ciclat Trasporti non aveva indicato le ore annue di lavoro in realtà previste per la realizzazione e gestione del "punto raccolta" dei rifiuti recuperabili (obbligo contrattuale comportante attività lavorativa di almeno 12 ore settimanali) e per l'espletamento dei servizi di supporto della programmazione operativa dei servizi, della gestione del rapporto con

l'utenza (comportante altre 12 ore settimanali di lavoro) e delle campagne di informazione e sensibilizzazione dell'utenza.

Pertanto, tenendo conto soltanto delle ore annue lavorative per la realizzazione e gestione del "punto raccolta" dei rifiuti recuperabili e per la gestione del rapporto con l'utenza, il T.A.R. ha ritenuto che vanno sommati al già indicato monte ore complessivo di 10.504 ore annue di lavoro anche altre 1.248 ore annue di lavoro, per un totale complessivo di 11.752 ore annue di lavoro, superiore a quello minimo di 11.361 ore annue di lavoro previsto dalla lex specialis, calcolato tenendo conto del dato indicato dal DM 6.7.2007 di 1.623 ore annue mediamente lavorate, applicato ai 7 lavoratori da impiegare nell'esecuzione dell'appalto di cui trattasi.

Al riguardo ha aggiunto il Giudice di prime cure che, comunque, il costo medio orario, determinato dalle Tabelle Ministeriali ex art. 1 della l. n. 327/2000, anche nella parte in cui si riferisce alle ore mediamente non lavorate suscettibili di variazione in diminuzione, non può essere ridotto, facendo riferimento alle statistiche della singola azienda, anche se in virtù del predetto art. 1, comma 4, della l. n. 327/2000 le componenti del costo del lavoro (indicate nella Tabella Ministeriale) che esprimono valori medi (e non valori minimi inderogabili) possono teoricamente essere stimate in riduzione.

Infine ha precisato il T.A.R. che dalla documentazione acquisita in giudizio non si evince che la controinteressata aggiudicataria con l'offerta economica formulata abbia violato le disposizioni della vigente normativa in materia di retribuzioni minime, stabilite dalla contrattazione collettiva, e di trattamento assistenziale, assicurativo e previdenziale.

Le considerazioni sopra esposte, che peraltro con l'atto di appello non sono state contestate, appaiono alla Sezione idonee a dimostrare la infondatezza della dedotta violazione del capitolato speciale, nell'infondato assunto che il quadro economico giustificativo dell'offerta della aggiudicataria indicava un

monte ore inferiore al minimo, mentre in concreto era ad esso superiore.

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

7.- Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello in esame.

Pone a carico della Ecological Systems s.r.l. appellante, le spese e gli onorari del presente grado, liquidate in favore del resistente Comune di Santarcangelo nella misura di € 4.000,00 (quattromila/00), di cui € 1.000,00 (mille/00) per esborsi, oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2013

IL SEGRETARIO

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