

N. 01928/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00293/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 293 del 2013, proposto da:

Bianco Igiene Ambientale Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Vantaggiato, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Zanardelli, 7;

contro

Comune di Nardò, rappresentato e difeso dall'avv. Fernanda Quaranta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli, 7;

nei confronti di

Ariete Soc. Coop. Produzione e Lavoro Pa, rappresentata e difesa dagli avv. Enzo Augusto e Roberto D'Addabbo, con domicilio eletto presso l'avv. Dario Lisi in Lecce, via Vito Mario Stampacchia, 21;

per l'annullamento

- della determinazione n. 38 del 23.1.2013 del dirigente della Terza Area Funzionale del Comune di Nardò;
- del relativo bando di cui alle determine di indizione nn. 444/11 e 468/12;

- nonché di ogni altro atto connesso, consequenziale e presupposto e, in particolare, dei verbali con cui la Commissione, all'uopo nominata, procedeva all'attribuzione del punteggio del valore tecnico dei Servizi e dell'offerta economica;
- nonché per l'annullamento del contratto ove sottoscritto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Nardò e della Ariete Soc. Coop. Produzione e Lavoro Pa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2013 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti gli avv.ti Vantaggiato, per la ricorrente, D'Addabbo, per la controinteressata, e Quaranta, per l'Amministrazione comunale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente, classificata seconda, impugna l'aggiudicazione definitiva dei servizi cimiteriali comunali alla Ariete soc. Coop. per 5 anni nonché, quale atti presupposti, i verbali di gara nella parte in cui sono stati attribuiti i punteggi per l'offerta tecnica e per quella economica. Chiede, altresì, annullamento del contratto, ove sottoscritto.

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di ricorso:

- a) violazione e falsa applicazione dell'art. 5, lett. a, punto 1 e punto 3, lett. b, del bando di gara, dei principi in materia di diritti acquisiti dal personale dipendente, del principio di "par condicio" e dei principi in materia di corretta applicazione del punteggio;
- b) eccesso di potere per irrazionalità ed erroneità manifesta.

III. Si sono costituite l'Amministrazione intimata e la cooperativa aggiudicataria, controinteressata, concludendo entrambe per il rigetto del ricorso.

IV. All'udienza pubblica del 29 maggio 2013, fissata per la trattazione, la causa è stata trattenuta per la decisione.

V. Il ricorso è infondato.

V.1. In via preliminare la ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicataria, evidenziando che la stessa, in violazione della disciplina di gara, avrebbe predisposto la propria domanda non in conformità al modulo di dichiarazione allegato. In particolare, sebbene al punto 13 del suddetto modulo fosse richiesto che le imprese dovessero "autorizzare fin da ora l'accesso agli atti anche per la documentazione tecnica presentata ove sia fatta richiesta per motivi di un eventuale ricorso amministrativo", la controinteressata ha espressamente opposto il diniego all'accesso.

La censura è infondata.

V.1.2. In fatto occorre precisare che l'aggiudicataria non ha opposto un diniego assoluto all'accesso, limitandosi a specificare, per quanto attiene all'offerta tecnica, che la stessa contiene informazioni coperte dal segreto commerciale, sicché l'eventuale accesso si ritiene consentito solo a fronte di un interesse concreto e motivato, limitatamente alle parti strumentali alla difesa in giudizio e solo per gli elementi valutati ai fini dell'aggiudicazione, previo consenso specifico.

In proposito, occorre rammentare che "l'art. 13, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006, ha introdotto un'ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina di cui alla l. n. 241 del 1990, da applicare esclusivamente nei casi in cui l'accesso sia inibito in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta.

La disposizione, invero, si riferisce a documentazione suscettibile di rivelare

il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, in modo da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 26 febbraio 2013, n. 2106; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 15 gennaio 2013, n. 116).

In concreto, dalla produzione in atti (verbale 28.01.2013) emerge che la ricorrente ha avuto accesso a tutti gli atti dell'aggiudicataria, prendendone visione ed estraendo copia di una parte degli atti richiesti.

V.1.3. Ciò posto, il richiamo, effettuato dalla ricorrente, alla previsione del bando che minaccia l'esclusione dalla partecipazione per il caso di predisposizione della domanda e delle dichiarazioni in modo non conforme al bando è improprio, posto che tale disposizione non può che riferirsi all'omessa o erronea applicazione dei requisiti essenziali per la partecipazione alla gara, nell'ambito dei quali non rientra la preventiva autorizzazione all'accesso agli atti.

Una diversa interpretazione della norma, peraltro, si porrebbe in palese contrasto con il disposto dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006 che ha sancito la tassatività delle clausole di esclusione, comminando, per le ulteriori prescrizioni, la sanzione della nullità della clausola eventualmente imposta (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 dicembre 2012, n. 2222).

V.2. Con il primo motivo di ricorso la parte si duole della violazione dell'art. 5, lett. a, punto 1, bando contenente i parametri per l'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica in relazione al "valore tecnico dei servizi di custodia, sorveglianza e gestione delle operazioni cimiteriali (punti da 0 a 20)", soffermandosi, in particolare, su alcuni profili attinenti ai sottocriteri e deducendo, complessivamente, un'ingiustificata valutazione delle offerte tecniche.

A) Per quanto concerne il sub criterio della “composizione e organizzazione del team” (punti da 0 a 5), per il quale sussiste il divario di un punto tra l’assegnazione dei punteggi, rispettivamente, alla ricorrente (p. 3,5) e all’aggiudicataria (p. 4,5), la parte si lamenta dell’irrazionalità della valutazione avuto riguardo:

a) al numero dei necrofori, sul presupposto che la stessa avrebbe proposto l’utilizzo di tre unità con tale qualifica, a fronte dell’unico indicato dall’aggiudicataria;

b) al tipo di contratto di lavoro applicabile al personale, atteso che mentre la ricorrente, attuale gestore, avrebbe mantenuto quello in essere, relativo alle categorie “Igiene urbana” e “Terziario e servizi”, l’aggiudicataria avrebbe previsto l’applicazione del C.C.N.L. “Multiservizi”, peggiorativo sotto l’aspetto economico e normativo;

c) alle modalità di sostituzione del personale assente;

Le censure sono prive di pregio.

Con riferimento al numero dei necrofori, il punteggio attribuito appare, nel complesso, esente da profili di evidente illogicità atteso che:

a. la “lex specialis” prevedeva che il servizio dovesse essere garantito almeno con le sette unità di personale LSU in servizio, già impiegate;

b. la ricorrente, pregresso gestore, ha riproposto, senza indicare i livelli di inquadramento del personale, l’organizzazione già presente, nell’ambito della quale, su sette unità, tre hanno la qualifica di necroforo e quattro di operaio, senza, però, prevedere l’assunzione di ulteriori unità;

c. l’aggiudicataria, oltre ad avere previsto una diversa organizzazione del servizio, con specifica indicazione dell’inquadramento del personale, di cui due con la qualifica di Caposquadra di III livello, ha, tra l’altro:

1. destinato due unità sia alla custodia e sorveglianza che alla manutenzione del verde in luogo della sola unità indicata dalla ricorrente;

2. proposto, in aggiunta alle sette unità sopradette, l’assunzione di una

unità di personale aggiuntiva, di IV livello, con la qualifica di necroforo.

Per quanto riguarda i contratti di lavoro applicabili al suddetto personale, a prescindere da ogni valutazione sulla minore o maggiore situazione di favore in capo alla forza lavoro, è dato imprescindibile ed insuperabile, al fine della sindacabilità della legittimità della scelta, la circostanza che né il bando né il disciplinare richiedevano l'adozione di una specifica contrattazione nazionale.

Invero:

1. l'art. 3 del disciplinare di gara, rubricato "Personale", si limita a prescrivere che "l'appaltatore eseguirà l'intero servizio, per tutta la sua durata, con n. 7 unità di personale alle proprie dipendenze, ovvero socio-lavoratore in caso di cooperative, correttamente inquadrato secondo le norme contrattuali vigenti, così come prescritto nel precedente art. 2".

Tale ultima norma elenca, descrivendoli, esclusivamente i servizi cimiteriali che dovranno essere forniti, riconducibili a: a) operazioni cimiteriali; b) interventi di pulizia e disinfestazione del cimitero; c) manutenzione del verde; d) informazione, sorveglianza e portierato;

2. l'art. 10 del medesimo disciplinare, relativo agli "obblighi del gestore", si limita a disporre che: "l'appaltatore nei confronti del personale utilizzato per lo svolgimento del servizio si obbliga ad applicare integralmente tutte le condizioni contrattuali, normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dal Contratto Nazionale di Lavoro e di Categoria e dagli Accordi integrativi territoriali ed aziendali in vigore per il settore di attività ...", in modo generico, senza null'altro aggiungere.

Peraltro, una effettiva comparazione delle condizioni normative ed economiche dei diversi contratti collettivi di lavoro richiederebbe l'esplicitazione non tanto e non solo delle qualifiche ma, soprattutto, dei corrispondenti livelli di inquadramento e di relativi trattamenti economici; trattandosi di indicazioni assenti nella proposta di parte ricorrente, ne è

precluso l'esame.

Per quanto concerne, infine, le modalità di sostituzione del personale assente, se è vero che la ricorrente assicura una "immediata sostituzione del personale assente per ferie" e "la sostituzione del personale assente per malattia o altri impedimenti entro quindici minuti dal verificarsi dell'evento", non esplicita quale sia la struttura organizzativa sottostante che dovrebbe garantire, con sufficiente grado di attendibilità, l'esatta esecuzione dell'obbligo assunto.

Diversamente, l'aggiudicataria, oltre a potere far riferimento alla propria organizzazione, con un organico totale di 23 unità che complessivamente già include anche le figure relative alle sostituzioni, prevede la disponibilità di due addetti alla squadra di pronto intervento, con reperibilità immediata (organigramma riportato a pag. 67 dell'offerta tecnica; verbale n. 5 del 27.11.2012).

B) Per quanto riguarda l'ulteriore sottocriterio dell'assunzione, in aggiunta alle sette unità di lavoratori LSU già stabilizzati da riassorbire ed in carico al gestore uscente, di un'altra unità con qualifica di necroforo (punti 3), la ricorrente lamenta l'attribuzione del punteggio per intero non rapportato, invece, alle effettive ore lavorate, trattandosi, in realtà, di una assunzione part-time.

La censura è infondata.

L'assunzione dell'unità per 30 ore settimanali (part-time al 75%) non solo si giustifica con le modalità di svolgimento del servizio, posto che l'orario di apertura del cimitero è di 30 ore settimanali, ma rientra nel tipo di rapporto di lavoro che riguarda anche tutte le altre figure professionali (cfr. art. 5, "criterio di aggiudicazione", lett. a), "Progetto tecnico", punto 1, "Valore tecnico dei servizi di custodia sorveglianza e gestione delle operazioni cimiteriali).

Né tale sottocriterio prevedeva l'attribuzione di un punteggio tra un

minimo e un massimo, ma solo punti 3 per il caso di assunzione di una ulteriore unità.

V.3. Con il secondo motivo di ricorso la parte deduce la violazione dell'art. 5, punto 3, lett. b) bando relativo al sottocriterio del "Numero di ore di formazione pro capite eseguite al personale (formazione iniziale e di aggiornamento); esplicitate per qualifiche, materie e valutazione finale in relazione al presente appalto (da 0 a 3 punti)", sostenendo, parimenti, l'illogicità nell'attribuzione dei punteggi alle rispettive offerte tecniche.

In particolare, a parere della ricorrente, a fronte dell'offerta di 30 ore pro capite, per ogni anno di servizio, complessivamente pari a 1050 ore per il quinquennio, proposte dalla ricorrente e di quella di 37 ore pro capite per l'intera durata del rapporto, per un ammontare complessivo di n. 308 ore nel quinquennio, di cui all'offerta dell'aggiudicataria, la Commissione giudicatrice avrebbe immotivatamente attribuito punti 1,5 alla prima, da considerarsi migliore, e punti 2 alla seconda.

Il motivo è infondato sia in fatto che in diritto.

V.3.1. Dall'esame della produzione di parte avversa si desume, invero, che:

- 1) il monte ore di formazione complessiva offerta dall'aggiudicataria, valevole per il quinquennio, è pari a 1124 ore, ovvero, in termini assoluti, superiore a quello offerto dalla ricorrente (allegato n. 17 del deposito del 12.03.2012);
- 2) la progettazione del percorso formativo offerta dalla controinteressata è più puntuale rispetto a quella, generica, dell'odierna ricorrente essendo, in particolare, articolata in relazione alla tipologia del servizio, ovvero per qualifiche e materie, con specifica suddivisione tra la formazione iniziale ed aggiornamento.

Tali profili giustificano, di per sé, un maggiore punteggio superiore a quello attribuito all'odierna ricorrente.

V.3.2. Non appare ultroneo rammentare che "le valutazioni sulle offerte

nell'ambito degli appalti pubblici sono espressione della discrezionalità tecnica della Commissione, sindacabile normalmente e in mancanza di elementi di incongruità estrinseca solo in quanto affetta da errori di fatto o da evidenti vizi logici. Il giudice amministrativo deve, quindi, limitarsi ad accertare se la scelta operata si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o di attendibilità, per il mancato rispetto di parametri tecnici di univoca lettura" (T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 5 giugno 2013, n. 185).

Tali aspetti, come detto, non sono stati complessivamente rilevati.

V.4. Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta l'illegittimità, per violazione della "par condicio" tra i concorrenti, della clausola del bando che, pur prevedendo il riassorbimento delle 7 unità di L.S.U., non prescrive il mantenimento del CCNL già applicato ("Terziario e Servizi"), maggiormente oneroso rispetto quello proposto dalla aggiudicataria ("Multiservizi") ma vincolante per la sola ricorrente che, in quanto precedente gestore del servizio, ha già assunto il suddetto personale.

Inoltre, tale clausola si porrebbe in contrasto con la l.r. n. 4/2012 che, introducendo modifiche all'articolo 25 della l.r. n. 25/2007 in materia di utilizzo del personale da parte delle imprese appaltatrici, impone nei bandi di gara, la previsione della garanzia delle condizioni economiche e contrattuali già in essere, ove più favorevoli.

La censura, oltre ad essere inammissibile per tardività nella deduzione, è, nel merito, infondata.

V.4.1. Invero, trattandosi di un motivo atto ad inficiare una clausola del bando immediatamente lesiva per la ricorrente, il relativo gravame andava proposto nell'ordinario termine di decadenza decorrente dalla scadenza della sua pubblicazione.

In quanto clausola della "lex specialis" immediatamente lesiva dell'interesse partecipativo, avrebbe, cioè, dovuto essere contestata con autonoma e tempestiva impugnativa del bando e del disciplinare di gara; detta clausola,

infatti, ancorché non annoverabile fra quelle che impediscono “ex ante” la partecipazione alla gara, poiché incide in modo obiettivo e assolutamente prevedibile sulla formulazione dell’offerta, determina “ex se” una lesione attuale ed effettiva dell’interesse alla partecipazione (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 23 ottobre 2012, n. 1702).

V.4.2. A prescindere da tale considerazione, comunque, la Pubblica Amministrazione, nell’ambito del rispetto della normativa vigente, gode di un’ampia discrezionalità nella definizione delle condizioni contrattuali. Peraltro, l’imposizione dello specifico contratto precedentemente applicato avrebbe, al contrario, iniquamente beneficiato l’odierna ricorrente, pregresso gestore, con effettiva distorsione nella concorrenza tra le imprese partecipanti.

Pertanto, ove l’Amministrazione non abbia individuato (né avrebbe potuto farlo, determinandosi altrimenti una inammissibile ingerenza nella conduzione dell’appalto) nella “lex specialis” la necessità che venisse data applicazione ad un contratto collettivo anziché ad un altro, la questione riguarda esclusivamente i lavoratori ed i loro sindacati.

In altri termini, in tale caso, se l’impresa, in ragione delle attività che svolge, intende applicare il contratto relativo alle società “Multiservizi”, ciò non può essere una ragione di illegittimità dell’offerta; d’altro canto, ove le prestazioni tipiche del contratto di lavoro che l’impresa intende applicare sono confacenti ai servizi richiesti, la categoria professionale di appartenenza dei lavoratori dipendenti è determinata dal settore di attività prevalente presso il quale opera l’imprenditore dal quale dipendono (Cons. di St., sez. V, 14 febbraio 2012, n. 727 e sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1007).

V.4.3. Quanto alla violazione, infine, della normativa regionale, non solo la stessa trova diretta applicazione solo nei confronti della Regione, degli enti, delle aziende e delle società strumentali della Regione Puglia ma la sua efficacia è stata sospesa dall’art. 1 della l.r. n. 12/2010.

V.5. Con l'ultimo motivo di gravame, la ricorrente si duole dell'inosservanza dei principi in materia di attribuzione dei punteggi, sul presupposto che la formula utilizzata per l'assegnazione del punteggio per l'offerta economica, che prende a riferimento i prezzi offerti e non il ribasso, ne comporterebbe un irragionevole appiattimento, svilendo l'apporto competitivo e non consentendo di utilizzare tutti i 40 punti previsti.

Il motivo è infondato.

V.5.1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione di tardività della censura, eccepita sia dalla controinteressata che dall'Amministrazione comunale.

La clausola del bando di gara pubblica, contenente una formula matematica di calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica, infatti, "non è suscettibile di essere riconosciuta a priori come lesiva della posizione del ricorrente e, anzi, potendo astrattamente essere suscettibile di determinare un risultato a lui favorevole, in fase iniziale si presenta priva del carattere della lesività, sicché va impugnata solo contestualmente al provvedimento di aggiudicazione della gara ad un altro concorrente" (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 21 gennaio 2013, n. 12).

V.5.2. Ciò posto, per giurisprudenza consolidata, la stazione appaltante gode di piena discrezionalità nell'individuazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto messo a gara e con il solo limite dell'irragionevolezza o illogicità.

In particolare, anche la formula matematica da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'Amministrazione con ampia discrezionalità, con possibilità di modificare od integrare pure la formula proposta dalla normativa vigente. Ne consegue che "il relativo punteggio può, pertanto, essere graduato indifferentemente secondo criteri di

proporzionalità o di progressività, purché il criterio prescelto sia trasparente ed intelligibile, consentendo così ai concorrenti di calibrare la propria offerta, e non si pervenga al risultato paradossale di assegnare il maggior punteggio complessivo ad un'offerta economica più elevata di altre” (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 21 gennaio 2013, n. 12; Cons. di St., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 15 maggio 2013, n. 1102).

La formula che, poi, la Commissione è tenuta ad applicare è solo quella stabilita dalla “lex specialis” che fa riferimento, nel caso specifico, al valore del prezzo offerto.

V.5.3. Ciò posto, quanto all'incongruità del risultato finale, che non rispecchierebbe l'effettivo scostamento tra i prezzi offerti dalla ricorrente e dalla controinteressata, i motivi di impugnativa non colgono nel segno.

Dalle risultanze del verbale n. 8 del 13.12.2012, agli atti, si evince, infatti, che:

- a) la ditta “Melillo” di Labella Pina che ha offerto il prezzo più basso (€ 174.165,28) ha ottenuto il punteggio massimo pari a 40;
- b) l'entità delle variazioni dei prezzi delle singole offerte è congruamente evidenziata dai punteggi, che risultano essere gradualità, senza che si ottengano risultati irragionevoli: l'Ariete Soc. Coop, aggiudicataria, a fronte di un'offerta di € 210.272,72 ha ottenuto punti 33,13 mentre la ricorrente, con offerta economica di € 209.847,90, ha riportato punti 33,20.

Posto che il divario rispecchia sostanzialmente la proporzione che intercorre tra i prezzi offerti non risulta, quindi, alcuna illogicità o irragionevolezza del risultato finale, evidenziandosi, altresì, che i punteggi sono anche rispettosi del peso attribuito all'offerta economica (massimo 40 punti su 100) nella determinazione della graduatoria finale.

V.5.4. Né, ai fini dell'ammissibilità della censura è stata, inoltre, fornita la prova di resistenza, ovvero la prova che con il diverso criterio invocato per

la determinazione del punteggio la ricorrente avrebbe conseguito l'aggiudicazione dell'appalto.

VI. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso va respinto.

VII. Ragioni di equità inducono il Collegio a compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Gabriella Caprini, Primo Referendario, Estensore

Luca De Gennaro, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2013

IL SEGRETARIO

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