

N. 01162/2015REG.PROV.COLL.

N. 08383/2014 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 in appello numero di registro generale 8383 del 2014, proposto dalla società agricola cooperativa Terra Uomini e Ambiente, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea con la s.p.a. Manutencoop Facility Management, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Maria Teresa Grassi, con domicilio eletto presso l'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

contro

Il Comune di Pisa, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Gloria Lazzeri e Giuseppina Gigliotti, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sez. del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13; la s.r.l. Euroambiente, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Alberto Caretti e Riccardo Tagliaferri, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Toscana, Sezione I, n. 1440/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del global service di manutenzione del verde pubblico e della cura del decoro urbano;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.r.l. Euroambiente e del Comune di Pisa;

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 27 gennaio 2015 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Vinti e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Toscana, rubricato al n. 516/2014, la s.r.l. Euroambiente impugnava la determinazione del Coordinatore Lavoratori Pubblici - Edilizia Pubblica del Comune di Pisa prot. DN-15/69 del 14 gennaio 2014, resa esecutiva il 7 febbraio 2014 ed a lei comunicata con nota dell'Ufficio Gare n. 9608 dell'11 febbraio 2014, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto «per l'affidamento del Global service del verde pubblico e cura del decoro urbano 2013-2016», nonché tutti gli atti connessi, se lesivi, fra cui la predetta nota dell'11 febbraio 2014, e tutti gli atti afferenti alla verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, nonché la nota del Responsabile del Procedimento n. 64906 del 22 novembre 2013, di rigetto del c.d. «preavviso di ricorso».

Il ricorso era affidato ai motivi così riassunti nella sentenza di primo grado:

- «1. *Violazione del bando di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e grave difetto di motivazione.*
- 2. Violazione del bando di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006 sotto ulteriore profilo. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e grave difetto di motivazione sotto ulteriore profilo.*
- 3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006 sotto ulteriore profilo. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria sotto ulteriore profilo.*
- 4. Violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di presupposti, difetto di motivazione.*
- 5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 243 bis del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi in materia di giusto procedimento. Eccesso di poter per difetto di istruttoria, di presupposti e di motivazione».*

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Per resistere al ricorso, si costituivano in giudizio il Comune di Pisa e l'A.T.I. Terra Uomini Ambiente/Manutencoop Facility Management, quest'ultima formulando anche ricorso incidentale.

Con tale atto deduceva:

- «1. *Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dei punti III.2.2. e III.2.3 del bando di gara. Eccesso di potere per illogicità, carenza di motivazione e difetto di istruttoria.*
- 2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46, co. 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di motivazione e di istruttoria e ingiustizia manifesta.*
- 3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 163/2006.*

Violazione del principio di sostenibilità economica dell'offerta e del principio di favor participationis. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza. Esclusione di Euroambiente sotto altro profilo».

La ricorrente incidentale chiedeva quindi il rigetto del ricorso ovvero l'accoglimento del suo ricorso incidentale e la conseguente declaratoria dell'improcedibilità di quello principale.

Con la sentenza in epigrafe, n. 1440 in data 9 settembre 2014, il Tribunale amministrativo della Toscana, Sezione I, respingeva il ricorso incidentale ed accoglieva quello principale, per l'effetto annullando i provvedimenti impugnati.

2. Avverso la predetta sentenza, la società agricola cooperativa Terra Uomini e Ambiente propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 8383/2014, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma ed il rigetto del ricorso di primo grado ovvero l'accoglimento del ricorso incidentale e la conseguente declaratoria di improcedibilità del gravame principale.

Si è costituito in giudizio il Comune di Pisa, chiedendo il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio anche la s.r.l. Euroambiente, chiedendo la declaratoria dell'improcedibilità ovvero il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 27 gennaio 2015.

3. L'eccezione di improcedibilità, proposta dalle parti appellate, non può essere condivisa.

La delibera che ha disposto l'aggiudicazione è stata emanata sul presupposto della pubblicazione della sentenza del Tribunale amministrativo della Toscana, oggetto del presente giudizio di appello.

Di conseguenza, l'eventuale accoglimento del gravame farebbe venir meno il presupposto della nuova determinazione, e rivivere la precedente aggiudicazione in favore dell'odierna appellante.

L'appello deve pertanto essere esaminato nel merito.

Il Collegio affronterà le questioni proposte dalle parti seguendo un ordine diverso da quello seguito nella sentenza di primo grado, in quanto il terzo motivo del ricorso incidentale di primo grado ha una valenza logicamente subordinata a quella delle altre questioni.

L'eventuale accoglimento del motivo, infatti, comporterebbe l'integrale travolgimento degli atti di gara, ed il relativo interesse, strumentale, è subordinato all'impossibilità di soddisfare l'interesse al conseguimento del bene della vita mediante l'aggiudicazione.

3.1. L'appellante sostiene che l'appellata, ricorrente in primo grado, doveva essere esclusa dalla gara in quanto le precedenti esperienze lavorative vantate non sarebbero assimilabili a quelle oggetto dell'appalto di cui ora si tratta, per cui non sarebbero utili al fine della sua qualificazione alla gara.

La censura non può essere condivisa.

Il bando di gara chiedeva alle imprese partecipanti di dimostrare di avere svolto "*servizi analoghi*" a quelli oggetto dell'appalto.

Al riguardo, dalla consultazione di un dizionario della lingua italiana risulta che l'aggettivo "analogo" connota il fatto che la cosa, indicata dal sostantivo al quale si riferisce, ha dei punti di similitudine con un'altra, pur conservando caratteristiche proprie.

Di conseguenza, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante valutare se i servizi vantati dai partecipanti al procedimento, laddove non siano identici, sono analoghi a quelli da appaltare, e la relativa valutazione è censurabile solo sotto i tradizionali canoni dell'eccesso di potere.

Sul punto deve quindi essere condivisa l'impostazione del primo giudice.

Deve essere inoltre sottolineato come la clausola, intesa nel senso proposto dall'appellante, sarebbe risultata di dubbia legittimità.

L'appalto riguardava infatti il "*global service*" per la manutenzione del verde pubblico e cura del decoro urbano, e quindi un rapporto di notevole complessità.

Di conseguenza, limitare la partecipazione alla gara a soggetti che abbiano intrattenuto rapporti strutturati secondo tale particolare configurazione e solo con Amministrazioni pubbliche, escludendo committenti privati, come sostenuto dall'appellante, avrebbe ristretto la concorrenza in termini molto probabilmente irragionevoli.

La censura deve, in conclusione, essere respinta.

3.2. L'appellante contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui accoglie la doglianza con la quale l'odierna appellata ha affermato l'anomalia della sua offerta.

Neanche questa censura dell'appellante può essere condivisa.

Invero, è pacifico in punto di fatto che l'odierna appellante ha potuto superare, nel corso del procedimento di gara, il giudizio di anomalia mediante un complesso rimaneggiamento della propria offerta a seguito del quale – soprattutto – è stato modificato, nei termini compiutamente spiegati nella sentenza appellata, un elemento fondamentale quale il numero degli addetti da impiegare.

Al riguardo, va rilevato come la Corte giustizia dell'Unione Europea, sezione IV, con sentenza in data 29 marzo 2012, n. 599, abbia affermato che *l'art. 55 della Direttiva 2004/18/Ce, in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di rilevanza comunitaria, impone che, a fronte della rilevata anomalia di un'offerta, la Stazione appaltante chieda per iscritto*

chiarimenti all'impresa al fine di illustrare a sufficienza gli elementi costitutivi della stessa; conseguentemente, tale disposizione osta a che l'Amministrazione possa ritenersi non obbligata ad effettuare tale tipo di richiesta, fermo restando che spetta al potere discrezionale della Stazione appaltante valutare la sufficienza delle giustificazioni rese, senza che l'Ente si debba ritenere obbligato a richiedere all'impresa una modifica dell'offerta stessa».

Con riferimento all'ordinamento nazionale, C. di S., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, ha rilevato i limiti in cui nel corso del contraddittorio relativo all'accertamento della serietà dell'offerta sono consentiti suoi aggiustamenti, affermando che, «fermo restando il principio che l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme: deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci. Risulta soddisfatto l'obiettivo dell'Amministrazione di aggiudicare l'appalto ad un'offerta affidabile nel suo complesso, e non vi è violazione della par condicio perché l'offerta iniziale resta immutata, e ciò che cambia è il costo di singole voci, il che non incide sulla serietà dell'offerta, ma solo sulla gestione interna dell'impresa offerente».

Allo stesso modo, C. di S., sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6183, ha chiarito che, «successivamente all'individuazione di anomalia dell'offerta, è necessaria la produzione di ulteriori giustificazioni rispetto a quelle indicate preventivamente in sede di offerta, correlate peraltro alle specifiche richieste e alle particolari contestazioni dell'ente procedente. Pertanto tali giustificazioni, quando riferite ai medesimi elementi di costo già indicati preventivamente, non possono essere di segno completamente contrario rispetto alle precedenti, altrimenti si verserebbe in un caso di vera e propria modifica dell'offerta, che, naturalmente, non è possibile per una sola impresa e dopo lo scrutinio di tutte le offerte presentate».

Alla luce di tale orientamento, che il Collegio condivide, emerge che – come ha correttamente statuito la sentenza appellata - illegittimamente il Comune ha valutato non anomala l'offerta dell'odierna appellante, nonostante questa fosse stata profondamente mutata, nel corso del contraddittorio, nell'elemento comportante il maggior onere di spesa.

La sentenza di primo grado deve pertanto essere condivisa anche sotto l'aspetto in esame.

Quanto osservato vale a confermare la sentenza appellata sotto il profilo della regolarità del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, assorbendo le ulteriori specificazioni svolte dalle parti.

3.3. Deve, infine, essere esaminata la censura, dedotta in primo grado come terzo motivo di ricorso incidentale, che ad avviso dell'appellante non sarebbe stata esaminata dal primo giudice.

Al riguardo, deve essere osservato che effettivamente la complessa censura di cui si tratta non è stata compiutamente esaminata.

Pertanto, la censura va esaminata in questa sede.

Infatti, i casi nei quali il Consiglio di Stato rimette la causa al primo giudice sono esclusivamente quelli indicati all'art. 105 del codice del processo amministrativo, fra i quali non rientra il mancato esame di un motivo del ricorso principale o del ricorso incidentale.

La censura qui riproposta non è fondata.

L'appellante sostiene che uno dei documenti sui quali i partecipanti alla gara dovevano predisporre le proprie offerte (il piano delle attività, scheda tecnica di gestione, codifica dell'azione A0.00.01.01) sarebbe stato individuato illegittimamente dall'Amministrazione, nella lettura che ne ha dato l'appellata, condivisa dal primo giudice, in quanto avrebbe reso insostenibile economicamente la base di gara ed il prezzo offerto dall'appellata.

Infatti, prevedendo l'impiego a tempo pieno di trenta persone per trentanove ore settimanali e 2018 ore annue, la spesa per il personale ammonterebbe ad € 1.095.120,00 (2028 ore per 30 lavoratori per il costo orario previsto dai contratti di lavoro, pari ad € 18,00), per cui lo stesso importo a base di gara (€ 10.663.065,27 IVA esclusa per tutta la durata del rapporto) sarebbe appena sufficiente a coprire i costi del personale impiegato.

L'appellata rileva, in senso contrario, come l'importo annuo per le attività ordinarie posto a base di gara è pari ad € 1.664.510,00 per cui - anche a voler seguire il ragionamento dell'appellante - una volta pagato il personale residuerebbero € 569.046,00, tali da consentire lo svolgimento di interventi migliorativi e la remunerazione dell'appaltatore.

Alla stregua di tali elementi, rileva il Collegio come sia emerso, in punto di fatto, che la spesa per il personale non copre, a quanto risulta, circa un terzo del prezzo a base di gara.

Deve quindi essere osservato come la valutazione circa la congruità di tale somma per remunerare adeguatamente l'appaltatore costituisca l'oggetto di poteri tecnico-discrezionali della stazione appaltante.

Di conseguenza, le relative critiche sono sindacabili dal giudice amministrativo solo per manifesta illogicità o altri profili di eccesso di potere, che nella specie non risultano, né sono stati forniti specifici ed evidenti elementi in base ai quali possa ravvisarsi un profilo di eccesso di potere.

La censura deve pertanto essere respinta.

4. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

Le spese del secondo grado devono essere integralmente compensate nei confronti del Comune appellato, mentre l'appellante deve essere condannato alla loro rifusione in favore della parte privata appellata.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 8383/2014, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente spese ed onorari del presente grado del giudizio nei confronti del Comune di Pisa; condanna l'appellante al pagamento, in favore della parte privata appellata, di spese ed onorari del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

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