

Publicato il 21/10/2021

N. 00901/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00368/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 368 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Silvestri s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Mattia Famoso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Genova, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli e Nicola Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Coopservice s.coop.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo, del provvedimento prot. 127577 del 12.04.2021, avente ad oggetto l'esclusione dalla procedura di gara per la stipula di un accordo quadro relativo al servizio di trasporto del materiale elettorale per due tornate elettorali e/o referendarie;

per quanto riguarda i motivi aggiunti, della determinazione dirigenziale 2021-152.4.0.-117 in data 23 aprile 2021, di aggiudicazione dell'accordo quadro alla

ditta Coopservice s.c.p.a. per scorrimento della graduatoria.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Genova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2021 il dott. Angelo Vitali, e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato l'11.5.2021 e depositato il 19.5.2021, la società Silvestri s.r.l., inizialmente aggiudicataria provvisoria della gara, ha impugnato il provvedimento del Comune di Genova, stazione unica appaltante, prot. n. 127577 del 12.4.2021, recante la sua esclusione dalla procedura di gara, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la stipula di un accordo quadro relativo al servizio di trasporto del materiale elettorale per due tornate elettorali e/o referendarie, a motivo del fatto che l'offerta prevederebbe un numero di ore inferiore a quelle tassativamente poste a base di gara (2698 ore).

Espone: - di essere risultata aggiudicataria delle precedenti analoghe gare svoltesi nel 2016, nel 2017 e nel 2020; - che, ai sensi dell'art. 3 punto A) (*“Modalità di articolazione dell'offerta economica ed attribuzione del punteggio inerente all'elemento economico – punti 30”* della legge di gara, *“i concorrenti dovranno formulare l'offerta economica indicando la percentuale di sconto che intendono praticare rispetto al prezzo posto a base di gara pari ad Euro 169.974,00 oltre Iva 22% corrispondente a 2968 ore di lavoro della squadra tipo al costo orario di Euro 63,00 oltre Iva 22%”*); - che, secondo il successivo art. 4 (valore dell'accordo quadro), *“ai sensi dell'art. 23 comma 16 del D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. i costi della manodopera sono complessivamente pari ad Euro 133.308,18, calcolati sulla base del costo orario previsto dalla tabella del costo del lavoro di cui al Contratto Collettivo Multiservizi e così suddiviso: Livello 3 Euro 45.839,02 per n. ore 2.698; Livello 2 Euro 87.469,16 per n. ore*

5.396”; - che, sulla base del CCNL logistica, trasporto merci e spedizioni ordinariamente applicato ai propri dipendenti e di un monte ore stimato necessario allo svolgimento del servizio pari a n. 2131 ore, essa calcolava il costo della manodopera in complessivi €. 77.193,20; - che, con comunicazione 1 aprile 2021, prot. 116559, il R.U.P. la invitava ad indicare il costo della manodopera attenendosi alle ore di gara in base al CCNL effettivamente applicato, ai fini della verifica richiesta dall’art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/2016; - che la società rispondeva chiarendo che l’esperienza maturata nel servizio le avrebbe consentito di razionalizzare i tempi di esecuzione, generando un risparmio di n. 567 ore rispetto al monte ore stimato dall’amministrazione; - che, nondimeno, la società indicava il costo totale della mano d’opera per l’intera durata del servizio in euro 107.999,08, in relazione alle ore effettive di gara indicate dall’amministrazione (2698 ore), specificando che *“le ore necessarie sono n. 2131”*.

A sostegno del gravame ha dedotto due motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 95 comma 10, 97 comma 5 e 23 comma 16 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i..

Nell’offerta economica di Silvestri non sarebbe riscontrabile alcuna violazione della normativa di cui in rubrica circa il rispetto dei contratti collettivi e dei minimi salariali retributivi.

2. Violazione e falsa applicazione dell’artt. 3 e 4 del Bando di Gara. Violazione degli artt. 1 e 3 della Legge 7 agosto 1990, n. 241. Violazione art. 97 Costituzione.

Il provvedimento gravato sarebbe viziato nella misura in cui ha sancito l’esclusione della Silvestri s.r.l. sulla base di una previsione di ore inferiore a quelle poste a base di gara, sebbene queste fossero state successivamente riconteggiate (passando da 2131 a 2698, con un costo della manodopera passato da € 77.193,20 ad € 107.999,08) a seguito di espressa e specifica richiesta da parte dell’amministrazione resistente.

Si è costituito in giudizio il Comune di Genova, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica “*ad almeno uno dei controinteressati*” (segnatamente, all’altro concorrente, poi risultato aggiudicatario), nel merito controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 10.6.2021, n. 137, la sezione ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell’aggiudicatario Coopservice, fissando ex art. 120 comma 6 c.p.a. l’udienza pubblica per la discussione del ricorso.

Con atto di motivi aggiunti contestuale alla integrazione del contraddittorio, la società Silvestri ha esteso l’impugnazione alla determinazione dirigenziale n. 2021-152.4.0.-117 del 23.4.2021, di aggiudicazione dell’accordo quadro alla ditta Coopservice s.c.p.a. per scorrimento della graduatoria.

A sostegno del gravame aggiuntivo deduce, oltre all’illegittimità derivata, il mancato esperimento della procedura di verifica di anomalia dell’offerta nei confronti dell’aggiudicataria Coopservice.

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2021 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Come già osservato in sede cautelare, l’eccezione di inammissibilità è infondata.

L’amministrazione non ha infatti provato – come era suo onere ex art. 2697 comma 2 cod. civ. - di aver doverosamente comunicato alla ricorrente, ex art. 76 comma 5 lett. a) del D. Lgs. n. 50/2016, in forma analoga (via pec) o con le modalità di cui al punto 8.4. del manuale d’uso di Acquistinretepa, il provvedimento 23.4.2021 di aggiudicazione al secondo concorrente Coopservice, sicché l’eccezione, contravvenendo al divieto di *venire contra factum proprium*, appare addirittura pretestuosa.

Ciò posto, nel merito il ricorso è fondato e va accolto.

Giova premettere che l’esclusione dalla gara è stata così motivata “[...] *l’offerta proposta da Codesta Ditta prevede un numero di ore inferiore a quelle tassativamente poste*

a base di gara, cioè 2698 ore. Non risulta, peraltro, legittima la riduzione del monte ore operato dalla Ditta”.

Dunque, l'esclusione non è stata affatto disposta per incongruità dell'offerta in relazione al mancato rispetto dei minimi salariali, bensì per avere Silvestri formulato l'offerta in maniera non conforme a quanto (in tesi) previsto dal bando di gara.

Occorre dunque verificare se effettivamente – come sostiene il Comune - gli atti di gara prevedessero un numero tassativo, e dunque fisso e non riducibile, di ore da fornire a pena di esclusione.

In proposito, le “Condizioni Particolari”, costituenti parte integrante della determinazione di indizione della procedura, prevedevano, all'art. 3 lettera A, (rubricato *“modalità di articolazione offerta economica ed attribuzione del punteggio inerente all'elemento economico”*), che *“I concorrenti dovranno formulare l'offerta economica indicando la percentuale di sconto che intendono praticare rispetto al prezzo posto a base di gara pari ad Euro 169.974,00 oltre Iva 22% corrispondente a 2968 ore di lavoro della squadra tipo al costo orario di Euro 63,00 oltre Iva 22%”*.

Come è evidente - diversamente dalla fattispecie sottostante il precedente impropriamente citato dal Comune a sostegno della propria tesi (cfr. Cons. di St., V, 20.4.2020, n. 2486, in cui le offerte per il servizio di pulizia erano assoggettate alla previsione inderogabile di un numero minimo obbligatorio di ore di lavoro) - le 2968 ore di lavoro non sono state affatto indicate come prestazione minima da soddisfare, ma come parametro che l'amministrazione ha utilizzato per stimare la base d'asta dell'appalto “a corpo”, sulla quale andava indicata la percentuale di sconto offerta.

Ciò che è confermato dall'art. 4 delle condizioni particolari, a mente del quale *“l'importo contrattuale sarà determinato dall'applicazione della percentuale di ribasso proposta sull'importo posto a base di gara, per le prestazioni di servizi a corpo meglio descritte nel successivo art. 6”*, il quale ultimo enumera le svariate attività ricomprese nel servizio a gara, senza indicare affatto un numero minimo di ore da rendere complessivamente (se non per una minima parte dell'attività,

da rendere presso il Palazzo di Giustizia nei soli giorni di votazione ed in quelli immediatamente successivi – cfr. l'art. 6 lett. P).

Ne segue che la verifica – ex art. 95 comma 10 D. Lgs. n. 50/2016 - del rispetto dei minimi salariali retributivi ex art. 97, comma 5, lettera d) andava operata sull'offerta per come essa era stata originariamente formulata da Silvestri (€ 77.193,20 : 2131 ore), non già sulle modificazioni – peraltro inammissibili in sede di soccorso istruttorio (cfr. l'art. 83 comma 9 D. Lgs. n. 50/2016) – da essa effettuate su preciso invito dell'amministrazione, che minacciava l'esclusione.

L'illegittima esclusione della ricorrente vizia e travolge irrimediabilmente (cfr. Cons di St., III, 24.3.2021, n. 2501) il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto a Coopservice, aggiudicazione che è stata tempestivamente impugnata con i motivi aggiunti.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Genova al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 3.000,00 (tremila), oltre spese generali, IVA e CPA, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Angelo Vitali

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO