

Giustizia Amministrativa (<https://www.giustizia-amministrativa.it/>)

Indietro

Publicato il 29/12/2018
N. 00829/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00470/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale
per le Marche**

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 470 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

La Sorgente Società Cooperativa Sociale e Arcobaleno Società Cooperativa Sociale, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Antonella Storoni, Sara Api, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Pesaro e Urbino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Beatrice

Riminucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Comune di Fermignano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Clini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Eurotrend Assistenza Cooperativa Sociale S.C.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Enoch, Alessandra Blasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

sia per quanto riguarda il ricorso introduttivo che per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della determinazione del direttore Generale della Provincia di Pesaro e Urbino n. 953 del 25/9/2018, comunicata il 26/9/2018, avente ad oggetto “*SUA- Approvazione delle risultanze di gara a procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio sociale ed educativo e servizi ausiliari “Nido d'infanzia” del Comune di Fermignano*”

(PU) per anni 3 (tre), con possibilità di rinnovo per ulteriori anni 2 (due), Numero gara: 7138275, CIG: 7553129F37, e aggiudicazione all'impresa Eurotrend Assistenza s.c.r.l.” con la relativa nota di comunicazione;

- di tutti gli atti di gara, ivi compresi:
- i verbali delle sedute pubbliche e riservate di ammissione dei concorrenti e valutazione delle offerte svoltesi tutte in data 28/8/2018, il verbale del 14/9/2018 sull'esito della procedura di verifica di anomalia;
- tutti gli atti della procedura di verifica di anomalia fra cui la valutazione espressa con nota prot. 12059 e nota prot. 28454/2018 del 3/9/2018 dal RUP e la preso atto del seggio di gara nella seduta del 14/9/2018;
- la determinazione del Direttore Generale della Provincia di Pesaro e Urbino n. 830/2018 di nomina della commissione aggiudicatrice;
- il regolamento della disciplina dei contratti approvato dal Consiglio provinciale di Pesaro e Urbino con

atto n. 127/2003 non conosciuto, citato nella determina di aggiudicazione, il regolamento della stazione unica appaltante approvato con delibera di Giunta Provinciale 116 del 6/6/2013;

- la delibera di C.C. Fermignano n. 35 del 25/5/2017 di approvazione della convenzione con la Provincia di Pesaro e Urbino per il conferimento delle funzioni di SUA e la convenzione stessa stipulata tra le parti in data 21/9/2017;

- la delibera di G.C. del Comune di Fermignano n. 104/2018, la determina a contrarre del Comune di Fermignano n. 144/2018, il bando di gara, il capitolato speciale e il disciplinare di gara, anche laddove si prevede che la ditta aggiudicataria dovrà avviare l'esecuzione del servizio prima della stipula del contratto;

- qualora occorra della nota prot. n. 13500 del 27/9/2018 del Comune di Fermignano di riscontro alle deduzioni delle ricorrenti;

- di ogni altro atto precedente o conseguente comunque connesso o collegato;

nonché per la dichiarazione

ex artt. 121 ss. c.p.a., di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato;

e contestuale domanda *ex art. 124 c.p.a.* di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, *in toto*, o in via subordinata, per la parte del servizio che risulti ancora da espletare ovvero, in ulteriore subordine, in caso di mancata dichiarazione di inefficacia, totale o parziale, del contratto, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente;

nonché, qualora venga avviata, per l'annullamento della esecuzione anticipata del servizio, la cessazione della stessa e per il risarcimento dei danni per il periodo di servizio non gestito.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Pesaro e Urbino, del Comune di Fermignano e di Eurotrend Assistenza Cooperativa Sociale S.C.R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2018 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le cooperative ricorrenti, in a.t.i. fra loro, hanno preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla Stazione Unica Appaltante (di seguito S.U.A.) istituita presso la Provincia di Pesaro e Urbino per conto del Comune di Fermignano ed avente ad oggetto la gestione del servizio sociale ed educativo e dei servizi ausiliari presso il “Nido d’infanzia” comunale per tre anni, con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni (importo a base

d'asta € 1.088.397,50, IVA esclusa; gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con 70 punti per il merito tecnico e 30 punti per l'offerta economica).

La delega alla S.U.A. per l'indizione della presente gara discende dalla convenzione a suo tempo stipulata con il Comune di Fermignano ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. n. 50/2016.

Alla procedura, oltre all'a.t.i. ricorrente, ha preso parte unicamente la controinteressata Eurotrend, che, all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, è risultata aggiudicataria. L'offerta di Eurotrend, essendo risultata anomala, è stata sottoposta a verifica di congruità, ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016. Le giustificazioni, presentate dalla cooperativa in data 31 agosto 2018, sono state ritenute esaustive dal RUP e dalla commissione di gara, di talché la S.U.A., con l'impugnata determinazione n. 953/2018, ha decretato l'aggiudicazione definitiva.

2. Le ricorrenti, con il mezzo introduttivo, hanno dedotto le seguenti doglianze (con riserva di motivi aggiunti all'esito della disamina della documentazione di gara, di cui la stazione appaltante ha concesso l'integrale ostensione in data 11 ottobre 2018):

a) avverso la decisione del Comune di procedere alla consegna d'urgenza del servizio:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 32, commi 8 e 9, del Codice dei contratti pubblici, difetto di trasparenza, parziarietà.

In parte qua le ricorrenti deducono sia la violazione dell'art. 32, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 (ed in particolare del c.d. termine di *stand still*), sia la violazione dell'art. 32, comma 8, del Codice dei contratti (contestando l'assenza dei presupposti di urgenza che giustificano la consegna dell'appalto prima della stipula del contratto);

b) avverso gli atti di nomina della commissione di gara:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 77, 78 e 216, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, della delibera ANAC n. 27/2017, della convenzione relativa al conferimento delle funzioni di S.U.A. stipulata tra Comune di Fermignano e Provincia di Pesaro e Urbino, illegittimità della individuazione e della nomina della commissione di gara, difetto di motivazione e trasparenza.

In parte qua le ricorrenti deducono l'illegittimità degli atti di nomina della commissione di gara per violazione dell'art. 10 della Convenzione stipulata fra Comune e S.U.A. per lo svolgimento delle funzioni di stazione appaltante, il quale art. 10 prevederebbe che i componenti della commissione di gara siano nominati tutti fra i dipendenti del Comune di volta in volta interessato e che solo in caso di documentata assenza, nei ranghi comunali, di adeguate professionalità siano individuabili funzionari dipendenti di altri Comuni aderenti alla Convenzione e/o della stessa S.U.A. Nella specie solo due

membri sono stati designati dal Comune, ma uno solo è un suo dipendente, e non è stata fornita la dimostrazione dell'assenza di altre professionalità interne. Il terzo membro è invece lo stesso direttore della S.U.A., il quale si è illegittimamente autonominato a presidente della commissione di gara;

- violazione e falsa applicazione degli artt. 77, 78 e 216, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016, della delibera ANAC n. 27/2017, della convenzione relativa al conferimento delle funzioni di S.U.A. stipulata tra Comune di Fermignano e Provincia di Pesaro e Urbino, illegittimità della individuazione e della nomina della commissione di gara, difetto di motivazione e trasparenza, illogicità manifesta, irragionevolezza e difetto di istruttoria.

Le ricorrenti deducono poi che la S.U.A. e l'Ente comunale hanno nominato quali componenti della commissione di gara soggetti privi della necessaria esperienza e competenza nel settore (e questo

anche volendo condividere il principio giurisprudenziale secondo cui nell'ambito di un organo collegiale la competenza può essere ripartita fra i vari componenti e può ammettersi, accanto a membri specificatamente competenti nello specifico settore, anche un soggetto con competenza trasversale). In particolare, il direttore della S.U.A., dott. Marco Domenicucci, ha competenze ed esperienza professionale in materia dei tributi, contabilità, edilizia, ma non di servizi sociali, la dott.ssa Franca Damasi è la responsabile del Servizio Demografico, Statistico e Ufficio relazioni con il Pubblico del Comune di Fermignano, mentre il dott. Piero Fraternali, dipendente del Comune di Urbino, al di là del ruolo indicato nella delibera di nomina di responsabile del Servizio Educativo, non ha nel proprio *curriculum vitae* alcuna competenza o esperienza in materia di servizi sociali ed educativi, fatta salva la mera partecipazione a convegni. Nessuno di questi

funzionari ha, per qualifica professionale, né per esperienza *aliunde* conseguita, competenza tecnica ed esperienza in merito al servizio di riferimento “Nido d’infanzia” né ad alcun servizio educativo in genere.

Di qui l’inattendibilità delle valutazioni che gli stessi hanno svolto sulle offerte tecniche e sulle giustificazioni rese dall’aggiudicataria. Sotto ulteriore profilo, le ricorrenti deducono l’illegittimità della auto designazione del dott. Domenicucci quale presidente della commissione, visto che lo stesso ha partecipato alla redazione degli atti di gara (in particolare ha redatto e sottoscritto il bando e il disciplinare di gara nonché tutti gli altri atti della procedura). Ciò si pone in violazione dell’art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, nonché del principio evincibile dal successivo comma 7, a mente del quale la nomina dei commissari deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. In effetti, consentire al

soggetto che ha redatto gli atti di gara e ha indetto la procedura di rivestire anche il ruolo di commissario si pone in contrasto con i principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, essendo già noto il suo nominativo sin dall'indizione della gara e sin dalla pubblicazione del bando, oltre che conosciuto *ex ante* dallo stesso commissario con possibilità di palesarsi alle imprese concorrenti prima della formulazione delle offerte;

c) avverso le risultanze del sub-procedimento di verifica dell'anomalia:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 97 e 23 del Codice dei contratti, illogicità manifesta, difetto di motivazione, irragionevolezza e difetto di istruttoria.

Le ricorrenti rilevano la palese anomalia dell'offerta di Eurotrend, in quanto il discostamento rispetto al costo del personale fissato nelle

tabelle ministeriali che si rileva nelle giustificazioni è pari a oltre il 23% e quindi abnorme.

Le ricorrenti evidenziano inoltre che la verifica di congruità è stata eseguita da un RUP palesemente incompetente a valutare profili di natura contabile, tributaria e giuslavoristica (trattandosi di un funzionario comunale in possesso della qualifica di assistente sociale).

3. Con decreto cautelare monocratico *ante causam* n. 212/2018, il Presidente del TAR aveva accolto la domanda di sospensione dell'atto di consegna d'urgenza del servizio con decorrenza dal 1° ottobre 2018 (per cui le ricorrenti, quali appaltatrici uscenti, hanno continuato a gestire il servizio).

Sul ricorso introduttivo, regolarmente notificato alle controparti nel termine stabilito dall'art. 61 cod. proc. amm., si sono costituiti il Comune di Fermignano, la Provincia di Pesaro e Urbino e la controinteressata Eurotrend, chiedendo il rigetto di tutte le domande proposte.

4. In data 30 ottobre 2018 è stato depositato un atto di motivi aggiunti, con cui le cooperative “La Sorgente” e “Arcobaleno” deducono le seguenti ulteriori censure, questa volta avverso le risultanze del sub-procedimento di verifica di anomalia:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 97, 23, 30 del D.Lgs. n. 50/2016, degli artt. 37, 86 e 51 del vigente c.c.n.l. cooperative sociali del 16/12/2011, dei decreti del Ministro del Lavoro 24 febbraio 2009 e 2 ottobre 2013, illogicità manifesta, difetto di motivazione, irragionevolezza difetto di istruttoria.

Queste censure riguardano, congiuntamente, le giustificazioni rese da Eurotrend e il giudizio di congruità dell’offerta a cui il RUP e la commissione di gara sono pervenute all’esito dell’esame delle stesse giustificazioni.

Queste le criticità evidenziate nell’atto di motivi aggiunti (che le ricorrenti hanno sviluppato anche con l’ausilio

di una perizia di parte del consulente del lavoro dott.ssa Settimio - doc. allegato n. 20 ai motivi aggiunti):

- Eurotrend ha considerato nella propria offerta economica un costo orario del lavoro conteggiato secondo un metodo personale di stima non conforme alle regole dettate dal Ministero del Lavoro con il D.M. 24 febbraio 2009, come modificato dal vigente D.M. 2 ottobre 2013 (c.d. tabelle ministeriali). Come è noto, con tali decreti il Ministero pubblica periodicamente tabelle in cui viene determinato il costo medio orario del lavoro, stabilendosi così, nel contempo, anche il metodo di calcolo di detto costo, metodo che è da ritenere imprescindibile in quanto formulato tenendo in considerazione le indennità e gli elementi normativi di tutela dei lavoratori di natura inderogabile.

Tali decreti, come è altrettanto noto, non stabiliscono parametri inderogabili, essendo ben possibile per la singola impresa dimostrare la riduzione del costo medio del lavoro

stimato, in ragione di eventuali sgravi contributivi o fiscali e/o benefici riconosciuti dalla legge;

- L'analisi delle giustificazioni prodotte da Eurotrend evidenzia come la stessa abbia impiegato un metodo proprio di calcolo del costo orario del lavoro, utilizzando un parametro (il "rateo orario") che risulta del tutto difforme rispetto al criterio di calcolo previsto dal Ministero del lavoro nelle apposite tabelle ai fini del corretto conteggio ed applicazione delle indennità di legge spettanti ai lavoratori. L'utilizzo di tale metodo ha determinato un'applicazione distorta dei principi e dei criteri di calcolo delle varie voci di costo che confluiscono nel totale costo del lavoro, comportando evidenti e grossolani errori di quantificazione delle singole voci di costo. Inoltre Eurotrend ha omesso di considerare altre voci di costo del lavoro corrispondenti a trattamenti, indennità e istituti inderogabilmente previsti dalle norme di contrattazione collettiva;

- ciò premesso, e passando alle singole anomalie, le ricorrenti rilevano in primo luogo che per i lavoratori di categoria D1 – Educatori (che rappresentano la voce preponderante di costo del lavoro atteso l'elevato numero di ore previste in capitolato, ossia 25.350 ore, contro le 3.564 ore dei lavoratori B1 e le 3.618 ore dei lavoratori A1), Eurotrend ha formulato la propria offerta tenendo conto di tre scatti di anzianità. Tale conteggio è però errato, in quanto l'art. 37 del c.c.n.l. Cooperative Sociali e il disciplinare di gara prevedono il transito del personale già impiegato nel servizio al nuovo gestore. Tuttavia, tutti i lavoratori D1 impiegati nel servizio hanno maturato cinque scatti di anzianità e pertanto l'aggiudicataria avrebbe dovuto tenere conto, nella formulazione della propria offerta, di questo maggiore onere. Tale dato era stato peraltro reso noto *ex ante* alle ditte partecipanti;

- in secondo luogo, Eurotrend, come si evince dalla scomposizione del costo orario dalla stessa redatta in sede di verifica di anomalia, ha omesso di considerare il costo della previdenza complementare (e ciò in violazione dell'art. 86 del c.c.n.l., che prevede siffatto costo a carico dell'azienda qualora il lavoratore si iscriva al Fondo Pensione Cooperlavoro). Il relativo onere è pari allo 0,52% sull'imponibile dei contributi sociali;

- in terzo luogo, è errato anche il calcolo del costo del TFR. Tale onere è stato dapprima correttamente stimato da Eurotrend tenendo conto della retribuzione della tredicesima mensilità, ma il relativo importo è stato poi diviso per un divisore (ore lavorate) di 1980. Questo divisore, che si riferisce al numero delle ore annue mediamente lavorate, non trova riscontro nella tabella ministeriale, che individua un divisore pari a 1548 (ore annue effettivamente lavorate) ma neppure in un criterio di ragionevolezza, anche perché esso è

addirittura superiore alle ore totali teoriche stabilite dal Ministero (1976, comprensive anche delle ore non lavorabili per permessi, ferie, etc.).

Queste censure troverebbero conferma nelle giustificazioni rese da Eurotrend, la quale, nella propria tabella di scomposizione del costo orario, ha indicato le ore non lavorate per malattia, gravidanza, formazione, festività, festività soppresse, permessi, etc., che devono dunque di necessità essere sottratte dal totale delle ore teoriche, producendo necessariamente un divisore minore rispetto a quello considerato.

L'applicazione di tale errato divisore al costo TFR, peraltro, non è stato neppure apertamente dichiarato da Eurotrend, risultando celato unitamente ad un insignificante riferimento al "rateo orario".

Errato e fuorviante è il riferimento all'art. 51 del c.c.n.l. operato dall'aggiudicataria per suffragare il proprio divisore, atteso che detto articolo si riferisce alla paga oraria, concetto ben diverso dal costo orario.

Eurotrend avrebbe invece dovuto quantificare il peso della voce TFR attraverso il divisore indicato nelle tabelle ministeriali (1548), o quantomeno tenendo conto della effettiva percentuale di assenze per malattie, permessi, etc., registrate nello storico aziendale;

- in quarto luogo, la medesima errata ed arbitraria impostazione del metodo di calcolo delle voci del costo del lavoro si rinviene anche nella stima dell'incidenza, sul costo orario, dell'assenteismo per malattia, maternità, gravidanza e infortunio, visto che anche in questo caso Eurotrend ha considerato il divisore 1980. Inoltre la controinteressata mostra di considerare tale costo a proprio carico solo per il 40% del relativo importo (senza peraltro indicare e comprovare la fruizione di specifici sgravi e benefici che ne permettono l'abbattimento al 40%);

- infine Eurotrend dichiara una minore aliquota IRAP (1,9%) rispetto a quella indicata nelle tabelle ministeriali (3,9%) in ragione del fatto

che essa ha la propria sede legale nella Regione Piemonte. Non risulta tuttavia che sia stato chiarito dall'aggiudicataria né approfondito dal RUP e dalla commissione se tale indicazione sia conforme alla normativa sull'IRAP;

- la corretta rilevazione delle suesposte discrasie avrebbe dovuto condurre il RUP e la commissione a riscontrare una sottostima dei costi del personale pari a oltre 50.000,00 €/anno, cifra che assorbe sia l'utile di impresa che le altre cifre indicate a titolo di spese generali, con conseguente obbligo di esclusione dell'offerta;

- inoltre, dall'esame dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria emergerebbero ulteriori costi del personale, che non si comprende se siano stati o meno considerati nell'offerta economica, visto che ad essi non si fa alcun accenno nelle giustificazioni. Le ricorrenti si riferiscono, in particolare, alle ore, proposte come miglioria, della figura del responsabile dell'appalto (di cui è

prevista la presenza ed anche la reperibilità per 24 ore su 24, sette giorni su sette) e del coordinatore pedagogico (100 ore annue), i cui costi non sono stati in alcun modo rappresentati. Il coordinatore pedagogico dovrebbe essere una figura professionale inquadrata quantomeno al livello E1 con conseguente costo orario di € 22,62 e maggior costo per 100 ore di € 2.262,00, mentre il responsabile dell'appalto deve essere inquadrato almeno al livello F1, con costo orario di € 25,55. Da ciò discende un ulteriore profilo di anomalia dell'offerta non rilevato dal RUP e dalla commissione.

5. Le ricorrenti chiedono altresì la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* e formulano espressamente la domanda di subentro *ex art. 124 cod. proc. amm.*

In via subordinata, chiedono la condanna delle amministrazioni intimate al risarcimento dei danni per equivalente monetario, sia con

riguardo alla parte del servizio che non fosse eventualmente più eseguibile, sia per la parte del servizio che Eurotrend abbia eventualmente svolto *sine titulo* in forza della consegna anticipata disposta dal Comune.

6. Le controparti costituite hanno preso posizione anche sui motivi aggiunti, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 719/2018 il Tribunale ha fissato per il 5 dicembre 2018 l'udienza di trattazione del merito.

DIRITTO

7. Il ricorso e i motivi aggiunti meritano accoglimento, nei limiti di quanto si andrà a precisare.

8. Iniziando dal primo motivo del ricorso introduttivo, in corso di causa è venuto meno l'interesse al suo accoglimento, visto che, in esecuzione del decreto presidenziale n. 212/2018, le ricorrenti hanno proseguito nella gestione del servizio. Nel merito, peraltro, il motivo sarebbe infondato, atteso che:

- le amministrazioni intimate non hanno violato il termine c.d. di *stand still*, non avendo stipulato il contratto con Eurotrend;

- la consegna d'urgenza del servizio non è stata disposta in violazione dell'art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, non essendo revocabile in dubbio che il servizio *de quo* riveste particolare delicatezza in ragione della tipologia di utenza e che il Comune aveva comunque prorogato i precedenti gestori per il mese di settembre 2018. Naturalmente, la legittimità della consegna anticipata va valutata in sé e non già con riguardo alle censure che investono l'aggiudicazione (il discorso è ovviamente diverso se si guarda agli eventuali risvolti risarcitori, che però, come si dirà nella parte finale, nella specie sono anch'essi assenti).

9. Le censure inerenti la nomina della commissione e la competenza dei commissari sono infondate, per le seguenti ragioni.

9.1. Le ricorrenti muovono da una lettura parziale dell'art. 10 della Convenzione stipulata fra Comune e S.U.A. e, in generale, assumono l'esistenza di un obbligo di motivazione che non è previsto da alcuna norma di legge.

Quanto al primo profilo, va osservato che dalla complessiva lettura dell'art. 10 emerge che, in generale, al Comune di volta in volta interessato compete la designazione di due membri della commissione, mentre il terzo viene messo a disposizione dalla stessa S.U.A. L'avverbio "eventualmente" di cui al comma 1, secondo periodo, dell'art. 10 non sta però a significare che è imposto un particolare onere motivazionale preventivo laddove il terzo membro sia designato dalla S.U.A., visto che la disposizione ciò consente in via generale. Fra l'altro, visto che la maggior parte dei Comuni del circondario provinciale dispone di un apparato burocratico di ridotte dimensioni (e Fermignano rientra in

questa casistica), la disposizione risponde ad esigenze operative del tutto comprensibili e condivisibili.

Quanto al secondo profilo, vanno condivise le difese che sul punto hanno svolto le amministrazioni resistenti, nel senso che:

- nei provvedimenti di nomina delle commissioni di gara non è necessario motivare in maniera dettagliata circa la scelta di un determinato soggetto piuttosto che di un altro, sempre che tale scelta ricada su un funzionario in possesso di adeguata qualifica e competenza professionale;
- solo se vengono mosse contestazioni, stragiudiziali o giudiziali, l'amministrazione è tenuta a giustificare le proprie scelte, onde non incorrere nell'annullamento dell'atto (o dell'intera procedura);
- nella specie, il Comune di Fermignano ha spiegato che, in considerazione delle dimensioni del suo apparato burocratico, non erano disponibili funzionari idonei all'incarico, con la sola eccezione della dott.ssa Damasi e della dott.ssa

Bigonzi. Quest'ultima non poteva però essere scelta in quanto aveva redatto il capitolato, né (per le ragioni esposte da questo Tribunale nella sentenza n. 108/2017) potevano essere designati funzionari dipendenti dalla stessa dott.ssa Bigonzi.

9.2. In base a quanto precede va quindi ritenuta legittima, in relazione all'art. 10 della Convenzione, la presenza nella commissione del direttore della S.U.A.

Sempre con riguardo alla posizione del dott. Domenicucci, vanno poi respinte le doglianze che si fondano sulla possibile violazione della regola secondo cui i commissari vanno designati solo dopo che è scaduto il termine per la presentazione delle offerte. Premesso che tali doglianze appaiono gratuitamente ingenerose per la professionalità del dott. Domenicucci e che comunque la nomina della commissione è stata disposta ad offerte già presentate, va osservato che:

- a differenza di quanto opinano le ricorrenti, l'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016 va interpretato in continuità con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sul previgente art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006 (in tal senso si è espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 1767/2016, che è stato poi recepito dall'ANAC nelle Linee guida del 26 ottobre 2016 - sul punto vedasi la citata sentenza n. 108/2017 di questo Tribunale);

- in questo senso, la situazione di incompatibilità dei componenti della commissione che abbiano in qualsiasi modo preso parte al procedimento di formazione degli atti della procedura va valutata tenendo presente il concreto contenuto degli atti medesimi (così, *ex multis*, Cons. Stato, n. 6082/2018 e altre decisioni ivi richiamate). Come è noto, particolare rilievo rivestono in tal senso il disciplinare di gara e il capitolato tecnico (nonché, negli appalti di lavori pubblici, i progetti preliminare, definitivo ed esecutivo), perché sono questi gli atti nei quali è trasfusa la

volontà dell'amministrazione riguardo all'oggetto del futuro contratto. Per la verità, il disciplinare di gara viene in rilievo limitatamente ai criteri di valutazione delle offerte e ai criteri di ammissione dei concorrenti (ma, in questo secondo caso, solo se contiene disposizioni particolari che aggravino i requisiti di ammissione). Con riguardo a tali atti della procedura sussiste effettivamente il rischio che il funzionario che ha li formati possa, laddove sia chiamato anche a valutare le offerte, essere, seppur inconsciamente, condizionato dal proprio pregresso convincimento circa le caratteristiche che deve possedere un'offerta per essere favorevolmente valutata;

- ma nella specie, come emerge *per tabulas*, il Comune di Fermignano ha dettato i criteri e le direttive per lo svolgimento della gara (deliberazione di Giunta Comunale n. 104/2018), ha adottato la deliberazione a contrattare e approvato il capitolato tecnico e le direttive e i criteri per lo svolgimento della gara (determinazione del

responsabile del Settore n. 144/2018, integrata dalla successiva determinazione n. 159/2018), mentre il dott. Domenicucci, oltre a nominare la commissione, ha solo redatto il bando di gara (doc. allegato n. 9 alla memoria di costituzione del Comune) e il disciplinare di gara (doc. allegato n. 10 alla memoria di costituzione del Comune), ma questo secondo atto si limita a ribadire, specie con riguardo ai criteri di valutazione, quanto approvato dal responsabile del Settore comunale (né contiene specifiche disposizioni relative ad altri profili che siano oggetto di contestazione nel presente giudizio).

Non vi era pertanto, a carico del dott. Domenicucci, alcuna situazione di incompatibilità rilevante ai sensi dell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici.

9.3. Infondate sono anche le doglianze con cui si deduce l'incompetenza tecnica dei commissari, soprattutto per quanto

attiene alla valutazione del merito tecnico delle offerte e all'esame delle giustificazioni rese da Eurotrend.

Premesso che le ricorrenti non indicano sotto quale profilo esse sono state danneggiate in sede di valutazione delle offerte tecniche in ragione della dedotta incompetenza dei commissari, va infatti osservato che:

- in linea generale, la competenza va verificata nei riguardi della commissione considerata nel suo complesso, visto che nelle procedure ad evidenza pubblica rilevano in ugual modo sia i profili tecnici che quelli giuridici (così, per tutte, Cons. Stato, III, n. 2241/2018);

- il segretario generale di un ente locale (a cui è equiparabile sotto questo profilo anche il direttore generale, carica ricoperta dal dott. Domenicucci unitamente a quella di direttore della S.U.A.) è da qualificare, con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica, come un *peritus peritorum*, visto che egli è quotidianamente chiamato ad

occuparsi di tutti i settori di attività dell'ente, se non altro per fornire una consulenza qualificata ai dirigenti e agli organi di direzione politico-amministrativa. Le ricorrenti, peraltro, evidenziano che il dott. Domenicucci vanta una consolidata pregressa esperienza in materia di tributi e bilanci, e dunque già solo per questo gli va riconosciuta un'adeguata professionalità in relazione alla valutazione della congruità dell'offerta di Eurotrend;

- la dott.ssa Damasi ha ricoperto in passato l'incarico di responsabile dell'Unità Organizzativa servizi sociali ed educativi nel comune di Auditore e dunque non può non essere ritenuta incompetente in materia;

- il dott. Fraternali è invece responsabile del Settore politiche educative nel Comune di Urbino con responsabilità di direzione e coordinamento del settore servizi educativi e scolastici (nidi, scuole infanzia, mensa e trasporto scolastico) ed ha altresì ricoperto per

molti anni il ruolo di dirigente del Settore servizi sociali. E' quindi evidente la specifica competenza nel settore del dott. Fraternali.

Naturalmente, la competenza dei commissari va valutata in via astratta ed *ex ante*, non valendo il sillogismo per cui l'eventuale erroneità delle valutazioni dagli stessi svolte indichi di per sé un inadeguato livello di competenza professionale.

10. Sono invece fondate in parte le doglianze afferenti la valutazione di congruità dell'offerta di Eurotrend.

10.1. Al riguardo va solo premesso che, seppure ai sensi dell'art. 133, let. e), n. 1), cod. proc. amm. si verte in una materia attribuita alla giurisdizione esclusiva, il sindacato che il giudice amministrativo può svolgere in casi del genere non ha ad oggetto la congruità in sé dell'offerta sottoposta a verifica di anomalia (salvo che non si sia in presenza di un'offerta che risulti palesemente incongrua, ad esempio per omessa considerazione di oneri previsti da norme imperative e/o per evidenti

errori di conteggio che, in ipotesi, non siano stati rilevati dalla stazione appaltante), bensì il procedimento che la commissione di gara e la stazione appaltante hanno seguito per addivenire alla valutazione finale e le motivazioni poste a base del relativo giudizio.

Naturalmente, poiché nella gran parte dei casi in cui il sub-procedimento di verifica si conclude favorevolmente per l'aggiudicatario provvisorio la commissione di gara motiva il giudizio *per relationem* alle giustificazioni fornite dal concorrente primo graduato, nel giudizio promosso dai concorrenti non vittoriosi anche le giustificazioni entrano solitamente a far parte del materiale sottoposto all'esame del giudice (visto che le giustificazioni vengono a costituire in sostanza la motivazione del giudizio di congruità e, in quanto tali, ben possono essere oggetto di censura).

10.2. Ciò premesso, il Collegio ritiene che il provvedimento finale con cui il RUP e la commissione di gara hanno

giudicato congrua l'offerta di Eurotrend sia illegittimo per non avere i predetti organi della procedura tenuto conto di alcune criticità dell'offerta puntualmente evidenziate nell'atto di motivi aggiunti e nella perizia di parte a firma della dott.ssa Settimio.

Tali criticità attengono in particolare al divisore utilizzato da Eurotrend per calcolare il costo orario della manodopera, il che si riflette poi anche su altre componenti dell'offerta economica, che non risultano adeguatamente chiarite con le giustificazioni.

10.3. Con riguardo alla questione del divisore, l'odierno Collegio ritiene sufficiente richiamare la sentenza n. 5/2018 con cui questo Tribunale, rifacendosi ad alcune decisioni del Consiglio di Stato (ed in particolare alla sentenza n. 2815/2017), ha statuito che, nella determinazione del costo orario della manodopera, vanno considerate le ore annue effettivamente lavorate e non quelle teoriche.

Pur non essendo questa la sede ideale per sceverare a fondo la questione, è noto che:

- le tabelle ministeriali indicano sia le ore annue teoriche complessive che il singolo dipendente, in virtù delle norme di legge e dei contratti collettivi vigenti, può svolgere, sia quelle che effettivamente e mediamente svolge;

- le prime si ottengono moltiplicando l'orario lavorativo settimanale previsto per la specifica categoria professionale per le 52 settimane di cui si compone l'anno (nella specie $38 \text{ h} \times 52 = 1976 \text{ h}$), le seconde si ottengono sottraendo dalle ore annue teoriche complessive quelle che corrispondono ad assenze del lavoratore derivanti o dalla fruizione di diritti incompressibili riconosciuti *ex lege* (ferie, festività e festività soppresse) o dall'applicazione di istituti contrattuali (assemblee sindacali, formazione, studio, etc.) o, infine, da eventi imprevisti (malattia, gravidanza, infortunio, rispetto ai quali vi è poi una differenza rilevante

circa la ripartizione dei relativi oneri fra il datore di lavoro e gli enti previdenziali. Per la gravidanza si deve poi tenere conto della normativa speciale sull'astensione obbligatoria e facoltativa);

- per la determinazione delle ore effettivamente lavorate, le tabelle ministeriali considerano sia dati previsti direttamente dalla legge o dal c.c.n.l. (e ci si riferisce soprattutto alle ferie, alle festività e alle festività soppresse) sia a valori medi desunti dalle statistiche (e questo riguarda soprattutto le assenze per malattia, gravidanza e infortunio, che sono le cause più frequenti di assenteismo).

E, come è altrettanto noto:

- il dato relativo alle ore annue effettivamente lavorate non è fisso ed inderogabile, se non con riguardo alle assenze legate alla fruizione di diritti incompressibili. Infatti, in ciascuna specifica realtà aziendale ben possono esistere sensibili differenze, in aumento o in diminuzione, rispetto ai dati medi desumibili dalle tabelle ministeriali riguardo le percentuali di

assenteismo legato alle malattie, alla gravidanza, ai permessi per motivi di studio, etc. Ad esempio, nelle aziende che impiegano personale di età media elevata sono molto più rare le assenze per motivi di studio;

- pertanto, in sede di giustificazioni, l'aggiudicatario provvisorio è ammesso a provare che le ore annue effettivamente lavorate dai propri dipendenti sono maggiori di quelle indicate nelle tabelle ministeriali, ma tale dimostrazione deve essere rigorosa e, comunque, il numero delle ore annue effettivamente lavorate non può mai essere pari a quello delle ore teoriche lavorate (dovendosi comunque scomputare quantomeno le ore corrispondenti ad assenze per ferie, festività e festività soppresse).

10.4. Per completezza va poi ricordato che altre voci sulle quali è possibile operare una riduzione rispetto ai dati medi indicati dalle tabelle ministeriali sono quelli relativi alla contribuzione INPS e INAIL, al costo della previdenza complementare e all'IRAP (anche in

questi casi, però, l'impresa deve debitamente documentare i dati indicati nelle giustificazioni).

10.5. Tornando quindi alla questione del divisore, è evidente, prima di tutto dal punto di vista aritmetico, che se il costo orario viene determinato dividendo la retribuzione annua complessiva per un divisore più alto, il quoziente che ne risulta è artificialmente più basso.

Va infatti considerato che il lavoratore assente per un motivo previsto dalla legge o dal c.c.n.l. ha comunque diritto alla retribuzione, il che vuol dire che il datore di lavoro deve sopportare un onere aggiuntivo per la sua sostituzione.

E' questa la ragione per la quale il divisore da utilizzare per la determinazione del costo orario è il numero delle ore annue effettivamente lavorate, perché in questo modo si ottiene un quoziente più alto che però include anche il costo per le sostituzioni.

Anche questo secondo quoziente, se si vuole, è artificiale (perché determinato sulla base di dati medi e comunque previsionali), ma, come detto, all'impresa è consentito fornire la prova della possibilità di considerare un divisore più alto.

10.6. Non è invece corretto utilizzare il divisore 165 di cui all'art. 51 del c.c.n.l., perché:

- anzitutto, anche tale coefficiente si riferisce alle ore mensili teoricamente lavorate (visto che esso si ottiene moltiplicando le ore settimanali - 38 - per le settimane che mediamente compongono un mese - 4,34), e quindi vale il discorso che si è tratteggiato nel precedente paragrafo, con l'aggravante che, eseguendo il conteggio secondo il criterio utilizzato da Eurotrend, il totale delle ore annue teoricamente lavorate risulta addirittura maggiore del dato desumibile dalla tabelle ministeriali (1980 contro 1976);
- in secondo luogo, perché l'art. 51 del c.c.n.l. *in parte qua* si riferisce al "rateo" orario (ossia alla paga oraria),

che è concetto ben diverso dal “costo” orario (il costo è dato infatti dalla paga più gli oneri previdenziali, fiscali, etc. che sono posti a carico del datore di lavoro);

- la controinteressata, pur eccependo nei propri scritti difensivi che i calcoli indicati nelle giustificazioni sono comunque corretti perché al rateo orario sono stati poi aggiunti gli oneri indicati nelle tabelle (ma sempre utilizzando il divisore 165), non ha però dimostrato l'equivalenza dei risultati di tali calcoli con quelli che si ottengono applicando il divisore corretto.

10.7. L'utilizzo del divisore 1980 ha determinato anche una sottostima degli oneri relativi al TFR, come emerge dalla perizia di parte della dott.ssa Settimio.

Eurotrend, inoltre, pur avendo nelle giustificazioni accennato alla minore incidenza percentuale delle assenze per malattia dei propri dipendenti, non ha fornito alcuna dimostrazione circa la fondatezza di tale dichiarazione, né ha illustrato le

ragioni per le quali gli oneri per le assenze del personale dovute a malattia, gravidanza e infortunio (i quali anche sono stati determinati utilizzando il divisore 1980) “pesano” solo per il 40% sul datore di lavoro.

10.8. Come risulta dalla perizia di parte a firma della dott.ssa Settimio, l'utilizzo di un divisore errato e le altre discrasie di cui si è detto producono una sensibile artificiale riduzione del costo orario delle varie figure professionali che Eurotrend ha dichiarato di voler impiegare nel presente appalto, mentre applicando i parametri corretti tale costo risulta maggiore, per tutta la durata dell'appalto, di circa € 58.000,00, con conseguente erosione di qualsiasi utile di impresa.

Il consulente delle ricorrenti evidenzia poi un'ulteriore anomalia, ossia che in realtà Eurotrend non ha utilizzato un unico divisore, visto che, eseguendo a ritroso i conteggi di cui alle giustificazioni, in alcuni casi risulta utilizzato il divisore 1980, in altri il divisore 1690 e in altri il

divisore 1620 (anche questi ultimi due vengono però ritenuti inapplicabili, essendo troppo distanti dal divisore di 1548 indicato nelle tabelle ministeriali).

11. Non sono invece fondate le altre doglianze che si appuntano sulla sostenibilità dell'offerta, visto che:

- Eurotrend ha correttamente considerato, per i dipendenti inquadrati nella qualifica D1, tre scatti di anzianità, e ciò sia perché questo è il dato medio indicato nelle tabelle ministeriali, sia perché, in base ad una consolidata giurisprudenza, l'applicazione della c.d. clausola sociale non si traduce nell'obbligo dell'appaltatore subentrante di assumere tutti i dipendenti del gestore uscente e alle stesse condizioni retributive (fermo restando che anche gli stessi lavoratori potrebbero non essere interessati a passare alle dipendenze di un'altra impresa). E' quindi corretto prendere a riferimento il dato medio di cui alla tabella ministeriale;

- anche con riguardo alla previdenza complementare valgono le medesime considerazioni di fondo (in quanto, se è vero che il datore di lavoro non può impedire al lavoratore di aderire al relativo Fondo, è anche vero che non è possibile stimare *ex ante* quanti lavoratori abbiano intenzione di manifestare tale adesione e in quale momento). In ogni caso, un onere aggiuntivo dello 0,52% “pesa” per circa 95 €/anno per ciascun lavoratore, *ergo* si tratta di onere in sé del tutto sostenibile;

- con riguardo all'IRAP, le censure dedotte in ricorso sono state formulate in tono dubitativo e dunque sono inammissibili. In ogni caso, la difesa di Eurotrend coglie nel segno nel momento in cui evidenzia che la cooperativa potrebbe al riguardo far valere economie di scala discendenti dal fatto che essa gestisce appalti anche in Regioni (come la Lombardia) dove l'IRAP di fatto è azzerata;

- per quanto attiene, infine, ai costi relativi al coordinatore pedagogico e al responsabile della commessa, Eurotrend, senza essere smentita sul punto, ha chiarito che entrambe tali figure professionali sono già alle sue dipendenze e che i costi per il loro impiego nel presente appalto sono stati inclusi fra le spese di gestione, migliorie, etc. (il che appare del tutto plausibile, tenuto anche conto del fatto che, ad esempio, l'onere relativo al coordinatore pedagogico ammonta a circa 2.000,00 €/anno).

12. Il ricorso e i motivi aggiunti vanno dunque accolti nei limiti di quanto detto ai precedenti paragrafi da 10. a 10.8., dal che discende l'obbligo per la stazione appaltante di ripetere il sub-procedimento di verifica di anomalia attenendosi ai suddetti principi, previa eventuale acquisizione di un contributo tecnico (ad esempio da parte dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro).

E' opportuno precisare che, in considerazione del fatto che la questione del divisore da utilizzare

per il calcolo del costo orario della manodopera ha trovato in giurisprudenza una ormai stabile definizione e che la controinteressata non ha negato di aver utilizzato all'uopo il divisore 1980, la presente decisione può essere assunta senza ricorrere ad una verifica o a una c.t.u. (come il Tribunale ha invece disposto in analoghe controversie - si vedano ad esempio, oltre alla citata sentenza n. 5/2018, le sentenze nn. 555/2017 e 699/2018 - in cui venivano però in rilievo più complesse problematiche di natura tecnico-contabile che richiedevano il supporto di un ausiliario del giudice).

13. Alla luce dei motivi che il Tribunale ha posto a fondamento dell'accoglimento della domanda impugnatoria e tenuto conto della vicenda cautelare definita con il decreto presidenziale n. 212/2018:

- non deve farsi luogo a pronuncia sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, visto che lo stesso non è stato stipulato;

- ugualmente, non deve farsi luogo a pronuncia sulla domanda di subentro e sulla domanda di risarcimento per equivalente monetario dei danni da mancata aggiudicazione, visto che dall'accoglimento del ricorso discende, allo stato, il solo obbligo della stazione appaltante di ripetere il sub-procedimento di verifica di anomalia e non già l'accertamento del diritto delle ricorrenti ad essere individuate quali aggiudicatarie;
- va invece respinta la domanda risarcitoria inerente i danni che le ricorrenti avrebbero subito per effetto della consegna anticipata del servizio a Eurotrend. Come si è detto, infatti, per effetto del decreto presidenziale n. 212/2018 le ricorrenti hanno proseguito nella gestione del servizio e dunque non hanno subito alcun danno patrimoniale (ma la domanda andrebbe rigettata in ogni caso perché il Collegio ritiene legittima, in sé, la consegna anticipata).

14. In ragione della parziale reciproca soccombenza, le spese del giudizio si possono compensare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie in parte e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Tommaso Capitano,

Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Tommaso Capitano	Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO

Valuta questo sito

Giustizia Amministrativa Segretariato Generale

Uffici relazioni con il pubblico

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

Amministrazione trasparente

Accedi

Carta dei Servizi

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

Seguici su:

YouTube

Contatti

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#)

[Privacy](#)

[Regole di accesso](#)

[Webmail](#)