

Publicato il 05/11/2021

N. 01440/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00272/2021 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 272 del 2021, proposto da Open Service Soc. Coop A.R.L, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariagiulia Giannoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Servi n. 38;

contro

Comune di Forte dei Marmi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Muraca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cassiopea Società Cooperativa Sociale A R.L. Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisa Vannucci Zauli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale dei Mille 50;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale della CUC n. 9 del 19.1.2021, con la quale sono stati approvati i risultati della procedura di gara svolta dalla CUC del Comune di Forte dei Marmi, è stato preso atto della conclusione del procedimento di anomalia giusto provvedimento del RuP del 22.12.2020, con il quale è stata ritenuta congrua l'offerta del concorrente Cassiopea, ed è stato aggiudicato alla Cassiopea il servizio di gestione della Ludoteca comunale, spazio Natale e spazio Pasquale per gli AASS 2020-2021 e 2021-2022, determinazione questa appresa in forza delle comunicazione trasmessa dal sistema Start in data 20.1.2020; verbali della commissione esaminatrice n. 1 del 11.12.2020, nn. 2, 3 e 4 del 14.12.2020, n. 5 del 15.12.2020 n. 6 del 18.12.2020;

del provvedimento del 22.12.2020, del Rup di conclusione del procedimento di anomalia, con il quale è stata dichiarata congrua l'offerta della concorrente Cassiopea, atto questo mai trasmesso nonostante le reiterate di accesso agli atti;

del verbale della commissione esaminatrice del 22.12.2020, sulle cui determinazioni si è fondato il giudizio di congruità dell'offerta della Concorrente Cassiopea e ritenute congrue le giustificazioni dalla medesima prodotte in data 21.12.2020;

del verbale del 23.12.2020, con il quale è stata disposta la consegna in via d'urgenza del servizio, atto questo mai trasmesso nonostante le reiterate di accesso agli atti;

della determinazione dirigenziale n. 77 del 8.2.2021, con la quale è stato disposto l'affidamento a Cassiopea del servizio di gestione della Ludoteca comunale, spazio Natale e spazio Pasquale per gli AASS 2020-2021 e 2021-2022, nonché di ogni altro lesivo, presupposto connesso e conseguente anche se incognito.

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto ove sottoscritto con la controinteressata in esito all'aggiudicazione, con ogni conseguente statuizione in ordine al subentro della ricorrente ex art. 122 d.lgs. 104/2010, nonché per la condanna del Comune di Forte dei Marmi al risarcimento del danno subito dalla

ricorrente ai sensi degli artt. 124 e 34 del CPA nei termini precisati nel presente ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Forte dei Marmi e della società Cassiopea Società Cooperativa Sociale A R.L. Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società Open Service Soc. coop a.r.l ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 9 del 19 Gennaio 2021, con la quale sono stati approvati i risultati della procedura di gara svolta dalla Centrale Unica di Committenza del Comune di Forte dei Marmi, concludendo il procedimento di anomalia attivato dal RuP con la nota del 22 dicembre 2020.

L'Amministrazione comunale, con determinazione dirigenziale n. 1925 del 16 novembre 2020 aveva indetto (tramite piattaforma telematica Start), una procedura aperta volta all'affidamento del servizio di gestione della ludoteca comunale, per l'anno scolastico 2020-2021 (periodo dicembre 2020- giugno 2021) e per l'intero anno scolastico 2021-2022.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95, comma 6 D.lg. 50/2016, mentre la base d'asta era fissata in euro 240.000,00 (oltre IVA), di cui 3.800,00 quali oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

Con provvedimento del Rup del 21 dicembre 2020 veniva concluso il procedimento di anomalia e ritenuta congrua l'offerta presentata dalla prima classificata, Coop. Cassiopea.

La società Open Service Soc. (seconda classificata), nell'impugnare i provvedimenti riferiti alla gara di cui si tratta, sostiene, con un unico motivo, la violazione degli artt. 23, 95 e 97 del d.lgs 50 del 2016, della legge n.241 del 1990, dell'artt. 97 delle Costituzione, oltre a venire in essere di vari profili di eccesso di potere.

In particolare, Cassiopea avrebbe erroneamente calcolato il costo del lavoro, inferiore al costo orario determinato dalle tabelle ministeriali, costo che non sarebbe comunque giustificato sulla base del richiamo all'istituto della flessibilità ed alla conseguente organizzazione aziendale.

Si sono costituiti il Comune di Forte dei Marmi e la società Cassiopea (in qualità di controinteressata), eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica alla Centrale di committenza, costituita tra i Comuni di Forte dei Marmi e Seravezza, in quanto quest'ultima avrebbe adottato l'atto di aggiudicazione definitiva.

Nel merito si è chiesto il rigetto del ricorso, contestando le censure proposte.

A seguito della camera di consiglio del 10 marzo 2021 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare.

All'udienza del 6 ottobre 2021, uditi i procuratori delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo va evidenziato come la manifesta infondatezza del ricorso, consente di prescindere dall'eccezione preliminare di inammissibilità.

1.1 La società Open Service Soc. Coop a.r.l. sostiene che la controinteressata avrebbe indicato il costo del lavoro per un operatore D1 in euro 15,02/h, per un operatore C1 in euro 14,24/h, costi questi ultimi che sarebbero inferiori al costo orario determinato dalle tabelle ministeriali, di cui al Decreto direttoriale 7/2020.

1.2 Preliminarmente è necessario chiarire che precedenti pronunce hanno avuto modo di precisare che le tabelle ministeriali costituiscono un parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi, in sede di giustificazione dell'anomalia, seppur “solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa, che può tener conto del fatto, ad esempio, che “il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che, quindi, per definizione, necessitano di stima di carattere prudenziale” (Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2011, n. 3865; Cons. di St., sez. V, 20 febbraio 2017 n. 756).

1.3 Tale dimostrazione è stata fornita dall'odierna controinteressata nelle giustificazioni che ha evidenziato come le tabelle ministeriali comprendessero alcune voci (es. indennità di turno) non applicabili al caso di specie.

1.4 Si consideri, inoltre, che lo scostamento, proprio in ragione del computo di voci inapplicabili, è risultato inferiore a quello previsto e, ciò, peraltro senza che la ricorrente sia riuscita a dimostrare la complessiva non sostenibilità dell'offerta.

1.5 Non sono da condividere le argomentazioni dirette a contestare il calcolo del monte ore, che è stato indicato da Cassiopea in 1761 ore, mentre secondo la ricorrente sarebbe in realtà pari a 1685 ore, poiché nel proprio conteggio Cassiopea non avrebbe considerato né le festività, né alcun giorno di assenza nemmeno per malattia.

Seguendo le argomentazioni della ricorrente, se le ore da considerare fossero 1685, il costo medio orario del lavoratore sarebbe più alto e, pertanto, Cassiopea, rispetto alle ore dell'appalto, sfiorerebbe l'importo indicato per la manodopera.

1.6 Contrariamente a quanto affermato, Cassiopea ha esplicitato le ragioni che le avevano permesso di calcolare 1761 ore, effettuando una stima su giorni di malattia e ferie, sulla base della propria specifica realtà aziendale.

1.7 Detto monte ore è comunque il risultato dell'applicazione di un accordo sindacale sulla flessibilità aziendale (c.d. "Banca delle ore"), circostanza quest'ultima che ha consentito alla società Cassiopea di calcolare un numero di ore lavorate, superiori a quelle indicate nella tabella ministeriale.

1.8 Si consideri, inoltre, che a pag. 2 dei giustificativi la controinteressata ha fatto presente che "un'ulteriore flessibilità senza aggravio di costi per la cooperativa, è data dai c.d. operatori "Jolly": personale regolarmente assunto dalla cooperativa e che interviene a sostituzione di assenze programmate per ferie e/o improvvise per malattie/ infortuni ecc. qualora il personale presente sull'appalto sia impossibilitato di coprire il turno del collega assente. Il personale c.d. "Jolly" dà garanzia di copertura del servizio permettendo alla cooperativa di ridurre ricorso al lavoro supplementare e/o straordinario e al personale in servizio nell'appalto di poter contare su una sostituzione in caso necessitino di assentarsi per motivi personali e garantire loro quindi una migliore organizzazione del lavoro e di conseguenza maggior benessere lavorativo"

1.9 Nemmeno sono condivisibili le argomentazioni dirette a sostenere che Cassiopea non avrebbe calcolato sei operatori aggiuntivi da impiegare stabilmente nel servizio, in quanto la controinteressata ha dichiarato che utilizzerà sia dipendenti, sia volontari (il cui utilizzo è consentito ai sensi dell'art. 2 della L. 381/91) e sia professionisti.

2. Il minor costo orario tiene conto, sia dell'apporto dei professionisti (che hanno una minore incidenza di costi sulla società) sia, ancora, dei soci volontari,

2.1 Risulta smentita anche la tesi circa il calcolo non corretto di ulteriori costi, quali i dispositivi di protezione e il costo della manodopera nelle gite.

2.2 Anche qui non sussistono i profili di eccesso di potere che consentirebbero di superare la valutazione di congruità dell'offerta posta in essere dalla stazione appaltante.

2.3 La società Cassiopea ha calcolato il costo della mascherine sul totale dei bambini potenzialmente coinvolti nel servizio e, ancora e per quanto attiene alle gite è stato stimato ed indicato per sicurezza un costo aggiuntivo di euro 5.000,00.

2.4 E' noto, peraltro, che il giudizio di valutazione dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, circostanze queste ultime indimostrate nel caso di specie.

2.5 La valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (Cons. Stato A.P. n. 36/2012 ; Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314; 1 ottobre 2010, n. 7262; 11 marzo 2010 n. 1414; IV, 22 marzo 2013, n. 1633; III, 14 febbraio 2012, n. 710);

2.6 E' allora evidente come l'offerta di Cassiopea non avrebbe potuto che essere giudicata congrua dalla stazione appaltante, essendosi in presenza di una motivazione coerente sul calcolo dei costi della manodopera.

2.7 In conclusione il ricorso è infondato, mentre le spese sono poste a carico della parte soccombente e liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 4.000,00 (quattromila//00) per ciascuna parte resistente costituita, per complessivi euro 8.000,00 (ottomila//00), oltre oneri di legge.

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

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

Roberto Pupilella, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Ricchiuto

IL PRESIDENTE

Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO