

N. 00388/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00835/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 835 del 2013, proposto da Culture società cooperativa, in persona del legale rappresentante, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con la Tras Coop. Cooperativa sociale di volontariato Onlus, nonché da Tras Coop. Cooperativa sociale di volontariato Onlus, in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Riccardo Castelli, presso il cui studio in Latina, piazza Roma n. 4, sono elettivamente domiciliate;

contro

il comune di **Frosinone**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marina Giannetti, elettivamente domiciliato in Latina, in viale dello Statuto n. 24, presso lo studio dell'avvocato Salvigni;

nei confronti di

SOL.CO. solidarietà e Cooperazione società cooperativa sociale, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione

della decisione della commissione di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta del RTI coopculture (verbale n. 6 del 1 ottobre 2013), della nota del presidente della commissione prot. n. 54683 del 1 ottobre 2013, della nota prot. n. 58374 del 17 ottobre 2013, del verbale n. 7 del 24 ottobre 2013, del verbale n. 8 del 4 novembre 2013, del verbale n. 9 del 14 novembre 2013, recante esclusione dalla gara del RTI coopculture e aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata; del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto, dei chiarimenti resi in risposta a quesiti dei ricorrenti e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e /o consequenziale, dell'eventuale aggiudicazione definitiva e del silenzio rigetto formatosi sull'informativa ex articolo 243-bis d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 nonché per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto

qualora stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di **Frosinone**;

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 3 aprile 2014 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia all'esame attiene agli esiti della gara indetta dal comune di **Frosinone** per l'affidamento dei servizi di supporto al **museo archeologico**, biblioteca comunale e altre strutture aventi finalità culturali.

All'esito delle operazioni di valutazione dell'offerta il RTI formato dalle società ricorrenti risultava aver presentato l'offerta migliore; la commissione di gara tuttavia a causa della "elevata differenza tra i ribassi tra l'impresa prima in graduatoria e le successive" decideva di procedere a verifica dell'offerta "prima di procedere all'aggiudicazione provvisoria della gara" (si veda il verbale n. 6 del 1° ottobre 2013).

Seguiva la verifica che aveva esito negativo in quanto la commissione riteneva anomala l'offerta del RTI delle ricorrenti a causa "di un non corretto inquadramento del personale tra l'altro non corrispondente a quanto richiesto dal capitolato speciale d'appalto art. 5" e di "una quantificazione delle spese generali in misura tale da suscitare fondati dubbi circa la copertura dei costi derivanti dal puntuale assolvimento degli obblighi" derivanti dal contratto (si veda il verbale n. 8 del 4 novembre 2013); di conseguenza la commissione escludeva dalla gara il RTI delle ricorrenti e approvava la nuova graduatoria che vedeva al primo posto la controinteressata.

2. Le ricorrenti proponevano quindi il ricorso all'esame con cui denunciano che: a) la decisione di sottoporre a verifica di anomalia la loro offerta è illegittima in quanto non basata su elementi specifici sintomatici di inaffidabilità come richiede l'articolo 86 d.l. 12 aprile 2006, n. 163 ma solo e semplicemente sullo scostamento del ribasso formulato rispetto a quello proposto dagli altri concorrenti; esse impugnano la relativa previsione della *lex specialis* ove dovesse interpretarsi nel senso di rendere la facoltà di verifica esercitabile oltre i limiti previsti dal citato articolo 86; b) nella valutazione eseguita, illegittimamente la commissione non ha richiesto prima del contraddittorio la formulazione di "precisazioni" sui chiarimenti così omettendo una necessaria fase del procedimento ex articolo 88 d.lg. n. 163; c) in ogni caso la valutazione operata è da un lato errata sia per quanto concerne la valutazione degli oneri di personale che le spese generali e dall'altro non supportata da un'idonea motivazione in punto di "complessiva inaffidabilità" dell'offerta.

3. Con ordinanza n. 4 del 9 gennaio 2014 la sezione accoglieva l'istanza di tutela cautelare e fissava l'udienza di trattazione.

4. Successivamente si costituiva in giudizio il comune di **Frosinone**.

5. Il ricorso è fondato.

6. Il primo e il secondo motivo sono infondati.

La ricorrente denuncia anzitutto la violazione dell'articolo 86 del codice degli appalti che subordina la facoltà di operare la verifica facoltativa di congruità delle offerte alla sussistenza di "elementi specifici" che rendano l'offerta sospetta di inaffidabilità.

Il problema che pone la fattispecie è che la gara in questione attiene a un "contratto escluso" cui non si applicano le disposizioni del codice degli appalti ex articolo 20, comma 1. La ricorrente tuttavia invoca l'articolo 27 che fa comunque salva l'applicazione dei principi di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità" e sostiene quindi che la previsione dell'articolo 86, comma 3, citata tutela esigenze di economicità e di trasparenza e proporzionalità che escludono che la facoltà di verifica prevista dal disciplinare potesse, pena la sua illegittimità, essere esercitata ad libitum, cioè in assenza di elementi specifici che determinassero un sospetto di anomalia.

Ciò premesso la ricorrente sostiene che il fatto che un'offerta si discosti significativamente dalle altre per il ribasso offerto non costituisce un elemento specifico tale da giustificare l'esercizio di questa facoltà.

Ad avviso del Collegio deve escludersi che alla fattispecie potesse applicarsi la disciplina dell'articolo 86, comma 3, venendo in rilievo un "contratto escluso". Tuttavia, poiché la commissione si è avvalsa di una facoltà prevista dal disciplinare e poiché l'esercizio dei poteri dell'amministrazione va motivato, tanto più che l'affidamento dei contratti esclusi deve comunque avvenire mediante procedure ispirate ai principi indicati nell'articolo 27 e sopra menzionati (tra cui quelli di imparzialità, trasparenza, par condicio e proporzionalità), la decisione della commissione non sfugge a verifica di legittimità e soggiace all'obbligo della motivazione.

A questo riguardo la ricorrente sostiene che l'elevato scostamento del ribasso offerto dal concorrente dai ribassi offerti dagli altri non costituirebbe una motivazione congrua in quanto esso non integrerebbe un elemento specifico di inaffidabilità dell'offerta.

Le argomentazioni della ricorrente sono infondate.

Va ribadito che alla fattispecie non può applicarsi direttamente l'articolo 86 citato e quindi il potere di procedere a verifica di congruità non può essere condizionato alla sussistenza di elementi specifici essendo sufficiente che la scelta di operare la verifica sia congruamente motivata a garanzia di esigenze di trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità. Ciò premesso (e posto che le ricorrenti non hanno contestato che un elevato scostamento vi sia benché, a ben vedere, la loro offerta economica prevedesse un ribasso di circa il 16%, non così elevato rispetto a quello degli altri concorrenti che hanno offerto ribassi compresi tra circa il 4,5% e il 10%) va osservato che in una gara non soggetta alla diretta applicazione dell'articolo 86 più volte citato la decisione di procedere a verifica di congruità in presenza di un ribasso notevolmente superiore a quello offerto dagli altri concorrenti non può essere considerata priva di motivazione o assistita da una motivazione insufficiente. A ciò va aggiunto che – benché il verbale non rechi tale indicazione – nella nota con cui le ricorrenti sono state invitate a fornire i chiarimenti si faceva esplicito riferimento alla giustificazione dei costi di personale e delle spese generali per cui non potrebbe

nemmeno sostenersi che difetti l'indicazione degli elementi specifici sulla cui base è stata attivata la verifica.

7. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'articolo 88 del d.lg. n. 163 a causa della omissione nel procedimento di verifica della fase delle "precisazioni" dei chiarimenti.

Il motivo è infondato dato che, come già si è visto, la procedura all'esame attiene a contratto escluso e deve quindi escludersi l'applicazione diretta dell'articolo 88, che attiene a un modulo procedimentale che nella fattispecie la commissione non era obbligata a seguire potendo essa seguire un procedimento più semplice e rapido (oltretutto in coerenza con il principio di economicità).

8. Con l'ultimo motivo la ricorrente denuncia l'illegittimità degli esiti della verifica di anomalia per difetto di presupposti e di motivazione.

8.1. Come accennato l'esclusione è stata motivata da "un non corretto inquadramento del personale tra l'altro non corrispondente a quanto richiesto dal capitolato speciale d'appalto art. 5" e da "una quantificazione delle spese generali in misura tale da suscitare fondati dubbi circa la copertura dei costi derivanti dal puntuale assolvimento degli obblighi".

E' opportuno premettere che il capitolato speciale di appalto (come ulteriormente specificato a mezzo dei "chiarimenti" offerti dalla stazione appaltante su domanda dei concorrenti) stabiliva: a) che l'aggiudicatario avrebbe dovuto utilizzare per lo svolgimento dei servizi affidati il personale attualmente impiegato dal gestore uscente; il capitolato specificava che tale personale è costituito da 16 persone (15 inquadrate in categoria B1 del contratto collettivo nazionale delle cooperative speciali) e un archivistica e che tale personale, da retribuire in misura non inferiore a quanto previsto dal c.c.n.l., avrebbe dovuto essere impiegato per un monte ore annuale non inferiore a 1200 ore; l'articolo 5 del capitolato specificava che per il funzionamento del **museo archeologico** il gestore avrebbe dovuto impiegare 4 unità lavorative; altre sette unità lavorative, tra cui un archivistica, sarebbero state impiegate per il funzionamento della biblioteca (in due sedi distinte); le restanti 5 unità lavorative sarebbero state impiegate presso la villa comunale.

Nelle proprie giustificazioni le ricorrenti hanno indicato un costo del lavoro complessivo di euro 311.569,60 (corrispondente a 19.800 ore annuali) che veniva quantificato in base al c.c.n.l. multiservizi; in ordine ai livelli di inquadramento la quantificazione proposta prevede una unità lavorativa (il coordinatore) inquadrato nel 3° livello; per quanto concerne il personale restante (18.460 ore) il relativo costo era stimato in 289.637,40 euro (in base a un costo medio orario di euro 15,69) ipotizzando un inquadramento degli interessati in parte al 2° livello e in parte al 3° livello. Dal verbale n. 7 risulta che sul totale di 18.460 ore, sono state calcolate 10.300 ore per mansioni di vigilanza e controllo (riconducibili al 2° livello); deve quindi ritenersi che le ore rimanenti siano state ascritte al 3° livello e si riferiscano agli addetti ai servizi bibliotecari (nelle giustificazioni infatti si chiarisce che sono inquadrati al 2° livello i dipendenti addetti a mansioni di "custodia guardasala" e al 3° quelli addetti ai "servizi bibliotecari").

La commissione, come chiarito nelle memorie difensive del comune (che, sia detto per inciso, non hanno integrato o introdotto una nuova motivazione limitandosi a chiarire quanto già era desumibile dai verbali, per quanto sintetici), ha ritenuto che gli oneri di personale risultassero sottostimati in quanto a suo giudizio tutto il personale avrebbe dovuto essere inquadrato al 3° livello del contratto multiservizi a eccezione dell'archivistica il cui previsto inquadramento (nelle giustificazioni delle ricorrenti) al 3° livello era giudicato non corretto (in relazione al contenuto delle sue mansioni, più qualificato rispetto a quelle riconducibili al 3° livello del c.c.n.l. multiservizi).

In ordine alle spese generali la commissione di gara riteneva riduttiva la loro quantificazione in euro

6.000.

A fronte di questa motivazione le ricorrenti denunciano: a) su un piano generale che la stazione appaltante non ha compiuto alcuna analisi quantitativa volta a verificare se l'offerta risultasse o meno inaffidabile nel suo complesso in contrasto con il noto principio secondo cui la verifica non è diretta a individuare singole inesattezze ma a stabilire se l'offerta sia nel suo complesso sostenibile, con la conseguenza che non può mancare una analisi quantitativa volta a stabilire quale sia l'impatto delle inesattezze sull'offerta e se le stesse siano in grado di renderla nel suo complesso inaffidabile; b) su un piano più specifico, premesso che non sussistesse alcun obbligo per il gestore di applicare un determinato c.c.n.l. (né tantomeno un obbligo di applicare il c.c.n.l. delle cooperative sociali, cioè il c.c.n.l. di fatto applicato dal precedente gestore al personale addetto ai servizi in questione), le ricorrenti sostengono che gli inquadramenti del personale sulla cui base essi hanno quantificato i costi sono attendibili in quanto le mansioni previste per il personale addetto al **museo**, alla casa di cultura, alla villa e all'auditorium (cioè il personale di cui esse hanno previsto l'inquadramento al 2° livello c.c.n.l. multiservizi) sono riconducibili a tale categoria; mutatis mutandis, lo stesso vale per l'inquadramento al 3° livello dell'archivista; sul punto viene in particolare rilevato che gli interessati sono attualmente inquadrati al livello B1 del c.c.n.l. delle cooperative sociali, che corrisponde al II livello del c.c.n.l. multiservizi, e beneficiano di retribuzioni comunque inferiori a quelle corrispondenti sia al 2° che al 3° livello di quest'ultimo contratto, per cui da un lato l'inquadramento proposto è comunque migliorativo e, dall'altro, risulta un costo attuale del personale comunque inferiore a quello stimato nelle giustificazioni (si veda la tabella allegata sub 12 al ricorso). A ciò si aggiunge che lo stesso costo indicato nelle giustificazioni e basato sulle tabelle ministeriali è stato sottostimato perché i costi effettivi che la ricorrente sostiene risultano inferiori a causa di benefici fiscali e di un limitato tasso di assenteismo.

In ordine alle spese generali, le ricorrenti evidenziano che in sede di giustificazioni esse avevano spiegato che il loro importo si giustificava in base alla circostanza che la cooperativa mandante dispone in provincia di **Frosinone** di sedi e uffici già allestiti e le cui spese, anche quelle relative a mezzi e automezzi, sono già ammortizzate e comunque ripartibili su più commesse in corso di esecuzione; queste argomentazioni non sono state considerate e la commissione ha basato la sua valutazione sul rilievo che l'ammontare di spese generali indicato fosse inattendibile in relazione ai costi da sostenere per la "disponibilità ... di un ufficio con annesse attrezzature informatiche e relative utenze elettriche, termiche e telefoniche, di una autovettura per spostamenti tra i vari siti di lavoro, che potrebbero ragionevolmente effettuarsi ogni giorno e conseguenti costi di mantenimento e manutenzione, oltreché delle altre spese generali normalmente a carico delle imprese ...".

8.2. Le argomentazioni delle ricorrenti sono in larga parte fondate.

In particolare il Collegio rileva, in ordine al previsto inquadramento del personale, che il profilo B1 previsto dal c.c.n.l. cooperative sociali (in cui sono incontestatamente inquadrati 15 dei 16 addetti ai servizi in questione) corrisponde al 2° livello del contratto multiservizi; e infatti la categoria B1 comprende "operai qualificati, autisti con patente B/C, aiuto-cuochi, addetti all'infanzia con funzioni non educative, addetti alla segreteria, assistenti domiciliari e dei servizi tutelari, operatori socio-assistenziali, addetti all'assistenza di base o altrimenti definita non formati", mentre il 2° livello c.c.n.l. multiservizi comprende "lavoratori che effettuano attività di controllo e custodia di locali, aree, beni e attrezzature in musei, aree archeologiche ...". In ogni caso non risulta nemmeno contestato il rilievo secondo cui da un punto di vista economico l'inquadramento proposto dalle ricorrenti implica costi maggiori di quelli che deriverebbero dal mantenimento dell'attuale inquadramento dei dipendenti. Considerazioni diverse valgono solo per l'inquadramento al 3° livello dell'archivista (anche se in questo caso non sono state fornite chiare indicazioni in ordine all'attuale inquadramento dell'interessato); in base al c.c.n.l. multiservizi infatti gli archivisti hanno titolo all'inquadramento nel 4° livello unitamente ai segretari.

In ordine al profilo relativo alle spese generali le argomentazioni delle ricorrenti sono parimenti condivisibili, dato che la commissione non ha considerato le giustificazioni fornite che non sono certo prive di rilevanza e non appaiono pretestuose dato che la presenza nel territorio della provincia di **Frosinone** di sedi e uffici della mandante ha un sicuro effetto di riduzione della incidenza delle spese generali.

9. In conclusione la valutazione di anomalia dell'offerta appare illegittima in quanto basata in parte su considerazioni errate.

10. per quanto concerne la domanda risarcitoria essa va respinta dato che, da un lato, il tipo di vizio rilevato non impedisce la rinnovazione della valutazione di congruità (nel rispetto di quanto sopra rilevato) e, dall'altro, la tutela cautelare concessa implica che la ricorrente conservi intatte le possibilità di aggiudicarsi il servizio.

11. Il ricorso va quindi in parte accolto. Le spese di giudizio sono poste a carico del comune di **Frosinone** e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, come da motivazione.

Condanna il comune di **Frosinone** al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro tremila, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2014

IL SEGRETARIO

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