

L'esame delle giustificazioni dell'impresa possibile aggiudicataria segue ad apprezzamenti di indole tecnica e di contenuto discrezionale, che possono essere sindacati, nel giudizio amministrativo, soltanto di fronte a manifesti travisamenti dei fatti o a

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

in tema di possibilità da parte del giudice amministrativo di sindacare gli apprezzamenti discrezionali delle stazioni appaltanti, merita di essere segnalato il Consiglio di Stato con la decisione numero 3373 del 6 giugno 2006 :

<In tema di congruità di una spesa o di un costo o di un insieme di costi, non spetta al giudice amministrativo sostituirsi alla valutazione fatta dall'amministrazione, salvo, come si è sopra precisato, che non siano immediatamente individuabili manifeste illogicità o inconfutabili lacune nei chiarimenti dati dall'impresa offerente o nelle valutazioni date dall'organo che li ha esaminati.

Le osservazioni del primo giudice si mostrano, di conseguenza, non assistite da siffatte considerazioni, ma sostituiscono giudizi su come devono comporsi le spese generali in un "progetto" di prestazioni di servizi ricreativi rivolti agli anziani.

Queste, però, esigono sofisticate conoscenze in tema di organizzazione di servizi, di costi gravanti sullo specifico settore cooperativistico, di peculiarità dei servizi da fornire e della compagine cooperativa che vi sarà addetta. Si tratta, in sintesi, di apprezzamenti discrezionali, che non sono sindacabili su un piano di verifica della legittimità dell'azione amministrativa.>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 4359 del 2005, proposto dal comune di Cornaredo, rappresentato e difeso dagli avv. ***** e *****, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo, in Roma, lungotevere *****, n. 3,

contro

la s.coop.a r.l. "***", rappresentata e difesa dagli avv. ***** e *****, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14 A/4

e nei confronti

della s.coop.a r.l. "***" non costituitasi,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia - sede di Milano - III Sezione, n. 746/2005, pubblicata il 7 aprile 2005.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte sopra indicata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il dispositivo di decisione n. 34/06, deliberato il 13 gennaio e depositato il 20 gennaio 2006;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 13 gennaio 2006, il cons. ***** ed uditi, altresì, gli avv. *****, per delega dell'avv. *****, ***** e *****, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il ricorso n. 4359 del 2005 è proposto dal comune di Cornaredo per la riforma della sentenza n. 746, pubblicata in data 7 aprile 2005, del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia - III Sezione.

È stato notificato in data 12 maggio 2005 e depositato il 25 maggio.

2. La decisione appellata ha accolto il ricorso della soc. coop. a r.l. “***” per annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara per l’appalto di servizi di animazione, rivolti agli anziani, per il periodo 1° luglio 2004 - 31 dicembre 2006.

3. Sono dedotte censure di omessa pronuncia e di erroneità della sentenza del primo giudice.

4. La “***” si è costituita con memoria depositata in data in data 18 luglio 2005 ed ha confutato le censure della controparte e riproposto i motivi assorbiti, dedotti in primo grado.

5. Nella camera di consiglio del 19 luglio 2005 è stata accolta la domanda di sospensione dell’efficacia della sentenza impugnata.

All'udienza del 13 gennaio 2006, il ricorso è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il comune di Cornaredo ha aggiudicato alla coop. "***", prima con provvedimento n. 504 del 7 luglio 2004, poi con provvedimento n. 701 del 18 ottobre 2004, l'appalto dei "servizi di animazione rivolti agli anziani, con attività di progettazione", per il periodo 1°luglio 2004 - 31 dicembre 2006.

La base d'asta è stata fissata in euro 118.500, oneri fiscali esclusi, perciò al di sotto della soglia comunitaria. Il sistema di aggiudicazione è stato stabilito, con l'art. 17 del bando, in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Su ricorso della cooperativa concorrente, ed attuale appellata, il Tribunale amministrativo regionale ha esaminato il ricorso principale ed i motivi aggiunti, successivamente proposti contro il primo provvedimento del luglio e contro il secondo dell'ottobre 2004.

Prima della pronunzia di accoglimento, basata su censure dedotte avverso gli atti confluiti nel provvedimento del 18 ottobre 2004:

2.1. ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo, che mirava all'esclusione dell'aggiudicataria, per omessa indicazione di taluni dati riguardanti i requisiti economici e finanziari, perché non prescritti dal bando;

2.2. ha accolto la doglianza inerente alla violazione della clausola n. 6.4 del disciplinare di gara, sulla necessità di sottoporre a verifica di anomalia dell'offerta della vincitrice, appunto perché era stato ivi stabilito che si doveva procedere in tal senso , quando le "proposte" presentavano uno sconto superiore al 5% del valore dell'appalto.

Ambedue queste statuizioni non sono state investite da un ricorso in appello, sicché non interessano in questa sede.

La seconda, in particolare, si è risolta nell'annullamento della prima aggiudicazione del 7 luglio 2004, nel frattempo annullata dal Comune con atto del 29 settembre 2004, n. 636.

3. Il ricorso in appello concerne, perciò, la definizione della gara intervenuta con l'aggiudicazione del 18 ottobre 2004, dopo la verifica dell'anomalia dell'offerta.

3.1. Il Tribunale amministrativo regionale ha riconosciuto fondamento ai motivi aggiunti avverso la nuova determinazione del Comune, e precisamente a quello concernente "incongruità" di talune indicazioni, che, secondo il primo giudice, rendono ingiustificato il giudizio di "non anomalia" reso dall'ente sul prezzo offerto dalla controinteressata aggiudicataria.

3.2. Avuto riguardo al numero delle ore, previsto dalla offerente per talune attività elencate nel "capitolato speciale di appalto/capitolato d'onori", il T.A.R. ha rilevato "significative incongruenze" nelle giustificazioni rese.

Queste sono le indicazioni enumerate dal primo giudice e desunte dai chiarimenti dati dalla cooperativa prima classificata:

3.2.1. le attività di coordinamento delle iniziative e animazione - previste al punto 4.A.7 del capitolato - sono state limitate in 300 ore, a fronte di un minimo di 500 ore richieste;

3.2.2. pur essendo state offerte, per la voce 4.A.5 (organizzazione e gestione delle feste), 300 ore, rispetto alle 250 ore del capitolato, nulla è stato previsto in ordine alle attività informativo-culturali, ossia per la voce 4.A.6 del capitolato;

3.2.3. per la progettazione specifica di alcuni servizi e per la supervisione, contemplate nella voce 4.A.8, la cooperativa non ha indicato alcun "monte ore" da dedicarvi, "ma si è limitata a conteggiare il costo finale, pari ad euro 3000,00". Il T.A.R. ha, in proposito, messo in rilievo (pag. 15) che l'omissione di "dati essenziali" dell'offerta, quale il monte ore, non può non incidere sulla valutazione di attendibilità della stessa;

3.2.4. nelle giustificazioni è stata, poi, offerta una serie di attività, con relativo monte ore, senza "diretto riscontro" nel capitolato speciale di appalto;

3.2.5. quanto alle difese svolte dall'amministrazione, circa le giustificazioni in esame, il primo giudice ne ha poi disatteso l'assunto, secondo il quale il totale delle ore di attività, sopra esaminate, è superiore a quanto richiesto dal capitolato speciale, osservando che, in tal modo, i concorrenti avrebbero facoltà di variare l'oggetto stesso dell'appalto.

4. Avverso le suddette statuizioni il Comune propone due censure. La prima è infondata. La seconda deve essere condivisa.

4.1. Non ha fondamento la tesi circa la tardività della censura relativa all'offerta, per le ore di coordinamento (4.A.7), inferiore a quella indicata dal capitolato speciale, che doveva essere proposta in tema di ammissibilità dell'offerta, visto che si è denunciato che essa non corrispondeva al bando.

L'esame della offerta, del quale qui si tratta, è quello eseguito in funzione della valutazione di anomalia del prezzo. Perciò la consistenza della "proposta" avanzata dalle imprese concorrenti non ha riflessi sulla loro ammissibilità, ma soltanto sulla congruità del prezzo che ne è richiesto in comparazione con le prestazioni programmate. Con riguardo al momento della valutazione di anomalia, la denuncia della controparte non è tardiva.

4.2. Fondata è invece la complessa critica fatta alle osservazioni del primo giudice, che si è addentrato in un esame delle giustificazioni date dall'aggiudicataria.

Si espongono, qui di seguito, le ragioni, in punto di diritto ed in punto di fatto, che non fanno concordare con l'esame condotto dal T.A.R., né con le tesi della ricorrente originaria e ora appellata.

4.2.1. La premessa che va enunciata è che l'esame delle giustificazioni dell'impresa possibile aggiudicataria segue ad apprezzamenti di indole tecnica e di contenuto discrezionale, che possono essere sindacati, nel giudizio amministrativo, soltanto di fronte a manifesti travisamenti dei fatti o ad assenza palese di ragioni, che sostengano l'offerta riduttiva rispetto a quelle concorrenti, od a macroscopiche illogicità od a lacune desumibili dall'offerta esaminata.

4.2.2. La seconda premessa, da farsi con specifico riguardo al caso in esame, è che il bando non ha ammesso - al n. 7 - varianti "alla strutturazione essenziale dei servizi proposta nel presente bando, nel disciplinare di gara e nel capitolato d'oneri".

La conseguenza che se ne trae è che il divieto non si estende ad ipotesi, come quella censurata dal T.A.R. (sopra n. 3.1.5), di maggior numero di ore offerte per singoli adempimenti o per singole prestazioni previste. Invero, in tali casi, non si registra una variazione essenziale della prestazione, che rimane integra nel suo contenuto, ma una variante del modo di organizzarsi dell'appaltatore, relativamente al quale il "monte ore" previsto nel "capitolato d'oneri" esplica una funzione "indicativa", che può assumere un ruolo di limite minimo o massimo, ma solo se e quando ne sia data adeguata prescrizione nelle regole di gara. Il che appare di rado possibile, nel caso di prestazioni, come quelle che si prospettano e si progettano nell'organizzazione di servizi per anziani, la cui definizione sfugge a parametri puntuali, che talora invece possono informare procedimenti industriali o talune altre attività (quali quelle informative, di raccolta di dati, e che, in genere vengono misurate in termini di presenze materiali su posti di lavoro).

4.2.3. Dunque, le spiegazioni date dall'impresa prima classificata circa le spese da affrontare non erano da misurare alla stregua delle sole ore di lavoro "programmate" per la ripartizione delle attività indicate nel bando.

4.3. Una breve elencazione delle prestazioni descritte rende palese che le ore da destinare ad esse ben potevano subire modificazioni (che, peraltro, come si vedrà sub 4.4, non vi sono state, se non in misura limitata). Le attività erano così descritte nel capitolato suddetto:

voce 4.A.5: “organizzazione e gestione delle feste per gli anniversari, comunque in giornate festive”. Accanto alla descrizione è stata riportata la specificazione di due feste, con una previsione di “sviluppo” delle attività “per complessive 100 ore nel corso dell’anno. Perciò per 250 ore nel periodo contrattuale (due anni e mezzo);

voce 4.A.6: “sviluppo e realizzazione di almeno 2 conferenze-dibattito su questioni di interesse generale e vita quotidiana dell’anziano”. Anche qui, alla precisazione dei giorni nei quali si dovevano tenere le conferenze, era aggiunta la clausola: “le attività sono sviluppate per complessive 50 ore annue”, vale a dire di 125 ore per i due anni e mezzo del contratto. Il tipo di attività da svolgere non consente di ritenere che fosse prescritto, in via inderogabile, che si impiegasse quel numero di ore, se non a prezzo di interferire nella organizzazione dell’appalto in misura irragionevole con riguardo alle responsabilità da affidare a chi il servizio doveva organizzare;

voce 4.A.7: “attività di coordinamento delle iniziative e delle attività di animazione, in collaborazione con l’amministrazione e con altri soggetti del terzo settore operanti a favore degli anziani”. Le indicazioni del capitolato sono state di 200 ore annue, pari a 500 ore per l’intero periodo contrattuale. Anche in questo caso non appare ragionevole ritenere che fosse prescritto, senza deroghe in aumento o in diminuzione,

quel numero di ore per i rapporti con gli organi comunali e con i soggetti del “terzo settore”;

voce 4.A.8: “progettazione specifica di alcuni profili dei servizi di animazione, supervisione generale delle attività e coordinamento funzionale delle stesse”. L’annotazione posta nel capitolato è che “le attività ... sono sviluppate per almeno 250 ore annue”. Dunque per 625 ore nel periodo contrattuale.

4.4. In ogni caso, anche i raffronti fatti dal primo giudice non appaiono condotti con precisione.

Invero, il confronto doveva farsi fra offerta e giustificazione, posto che non si poteva ormai discutere della corrispondenza dell’offerta al bando ed al capitolato d’oneri, definita con la valutazione delle singole proposte dei concorrenti. La verifica in esame, infatti, è stata eseguita per accertare la possibile esistenza di una offerta bassa in misura anomala.

Orbene le spiegazioni date dall’impresa non si discostano dall’offerta, in modo così consistente da inficiare il giudizio tecnico dato dalla commissione di gara nella seduta del 12 ottobre 2004.

In concreto:

- per le voci 4.A.5 e 4.A.7, offerta e spiegazioni riguardano trecento ore, e dunque 50 ore in più di quanto indicato nel capitolato;

- per la voce 4.A.8, sono state previste nell'offerta ore in misura superiore al capitolato (264 più 192 per 2,5, pari, in totale a 744). Il capitolato ne prevedeva 625. L'affermazione del primo giudice, relativa alla voce in esame, non corrisponde perciò ad una esatta lettura dell'offerta. Quanto alle spiegazioni date dall'impresa, esse sono limitate a un totale di 660 ore. Ciò non inficia, di certo, il giudizio di esclusione dell'anomalia, che è stato dato dalla commissione giudicatrice.

Rimane soltanto la differenza fra "monte ore" dell'offerta per la voce 4.A.6 (attività informativo culturali), indicata in 125 ore - così come nel capitolato d'oneri - e giustificata per 300 ore nei chiarimenti dati per la verifica di anomalia.

Non può affermarsi, in questa sede di sindacato di legittimità sulla valutazione fatta dal Comune, che ciò comporti una manifesta irrazionalità del giudizio dato, sia perché si tratta, semmai, di un maggior impegno progettato, sia perché si tratta, sul piano quantitativo, di una frazione abbastanza esigua del totale delle ore da destinare alla prestazione contrattuale.

La decisione deve essere, di conseguenza riformata.

5.1. Altro capo della decisione impugnata riconosce l'insufficiente quantificazione dei costi generali operata dalla cooperativa aggiudicataria.

Il primo giudice non ha aderito alla tesi della ricorrente, secondo la quale, sommariamente, le spese generali inciderebbero nei limiti del 10% o del 15% sull'importo dell'appalto, ma non ha considerato giustificabile una spesa totale di 3935 euro per "musica materiale". La motivazione che ne ha dato è che il totale delle spese - per 6.935 euro, comprese le spese per assicurazioni - "non appare comunque congruo rispetto all'oggetto ed al valore dell'appalto", che non ne sono state date giustificazioni, e che, "con riferimento al materiale necessario per condurre tutte le attività oggetto del servizio nell'arco dei trenta mesi previsti, non può ritenersi sufficiente il solo acquisto di materiale musicale per un totale di euro 3.935,00".

5.2. La critica avanzata dal Comune a questa statuizione è svolta nel senso della congruità del conto delle spese generali, e richiama, in proposito, la scheda esplicativa dell'offerta allegata alle spiegazioni fornite.

5.3. La decisione del primo giudice non è meritevole di adesione.

In tema di congruità di una spesa o di un costo o di un insieme di costi, non spetta al giudice amministrativo sostituirsi alla valutazione fatta dall'amministrazione, salvo, come si è sopra precisato, che non siano immediatamente individuabili manifeste illogicità o inconfutabili lacune nei chiarimenti dati dall'impresa offerente o nelle valutazioni date dall'organo che li ha esaminati. Le osservazioni del primo giudice si mostrano, di conseguenza, non assistite da siffatte considerazioni, ma sostituiscono giudizi su come devono comporsi le spese generali in un "progetto" di prestazioni di servizi ricreativi rivolti agli anziani. Queste, però, esigono sofisticate conoscenze in tema di organizzazione di servizi, di costi gravanti sullo specifico settore cooperativistico, di peculiarità dei servizi da fornire e della compagine cooperativa che vi sarà addetta. Si tratta, in sintesi, di apprezzamenti discrezionali, che non sono sindacabili su un piano di verifica della legittimità dell'azione amministrativa.

Perciò il richiamo dell'appellante ai conteggi esposti dalla cooperativa aggiudicataria ed alle valutazioni della commissione che le ha esaminate - con indicazione, ad esempio, della riconducibilità di altre voci di spesa fra quelle inerenti ai costi generali - dimostra che il giudizio che ne è stato dato non palesa manifeste irrazionalità e va, di conseguenza, lasciato ad apprezzamenti non sindacabili in questa sede, se non nei limitati confini che si sono sopra delineati.

5.4. Anche per questa parte la sentenza impugnata deve essere perciò riformata.

6. Devono ora trovare ingresso i motivi del ricorso introduttivo dichiarati assorbiti e ritualmente riproposti con la memoria di costituzione della cooperativa appellata.

6.1. Con il primo di essi si lamenta che è stato violato l'art. 21 del regolamento comunale sui contratti, perché è stata omessa la fase, ivi prevista, dell'aggiudicazione provvisoria. Né l'amministrazione comunale ha dato notizia alla cooperativa, anch'essa concorrente, dell'esito della gara. La censura è poi ripetuta sotto il n. 5.1. della stessa memoria.

Il motivo è inammissibile per difetto di interesse.

Invero, nessuna delle due evenienze lamentate può comportare l'annullamento della gara in questione. Esse danno dimostrazione, se provate che non è stato tutelato un interesse diverso da quello che mira ad annullare l'esito di una procedura ad evidenza pubblica, conclusasi con l'assegnazione ad altro soggetto di un contratto da parte di una pubblica amministrazione.

6.2. Con altro motivo è stata denunciata l'incompetenza del responsabile del servizio del Comune, che ha condotto la verifica dell'anomalia dell'offerta. Questa spettava alla commissione giudicatrice della gara.

Anche questo motivo è inammissibile.

Esso è palesemente rivolto contro le operazioni in parola conclusesi con l'aggiudicazione del 7 luglio 2004. ma questa aggiudicazione è stata annullata tanto in via di autotutela dal Comune, quanto in via giurisdizionale dal T.A.R. (sopra n. 2.2)

Nessun ulteriore vantaggio ne può derivare alla parte.

Invero, con la rinnovazione del procedimento, culminato con il provvedimento del 18 ottobre 2004, la valutazione di anomalia dell'offerta è stata eseguita dalla commissione giudicatrice, come si è sopra precisato (verbale del 12 ottobre 2004).

6.3. Un ulteriore motivo - contrassegnato con il n. 4.2 nella predetta memoria - consiste nella riproposizione delle censure concernenti la contestazione del giudizio di non anomalia dell'offerta della controinteressata sfociato nel provvedimento del 7 luglio 2004.

Ne va dichiarata l'inammissibilità per le stesse ragioni esposte sub 6.2.

6.4. Con l'ultimo motivo, contrassegnato con il n. VII.1, si lamenta violazione dell'art. 1 della legge 7 novembre 2000, n. 327, sull'obbligo di verifica del valore economico delle offerte rispetto al costo del lavoro "come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro".

Le tesi della ricorrente si sostanziano:

- nella denuncia di inferiorità del costo orario del lavoro indicato dalla aggiudicataria, rispetto a quello dei decreti ministeriali, da essa richiamati ed allegati;

- nella ancora più evidente anomalia, in relazione al profilo del "coordinatore", delle tariffe indicate.

Questa seconda censura non è ammissibile, perché sulla posizione del coordinatore e sul suo inquadramento nella "quinta qualifica", il T.A.R. si è pronunciato negativamente, al punto n. 5 della decisione impugnata. Se si intendeva, perciò, coltivare una censura riguardante una qualifica, e una

connessa retribuzione, superiore a quella contemplata nell'offerta o nelle giustificazioni, doveva essere proposto appello incidentale.

La prima censura, invece, non può trovare adesione.

La norma richiamata dalla parte stabilisce la necessità di valutare, da parte degli "enti aggiudicatori", nelle procedure di "affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture" ed ai fini della verifica di anomalia delle offerte, che queste siano adeguate al "costo del lavoro, come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal ministro del lavoro".

Orbene, si possono trascurare le osservazioni della controparte, circa la natura di cooperativa "sociale" della impresa aggiudicataria, con tutti i connessi elementi di specialità della sua forza lavorativa, perché il confronto fatto dalla parte appare condotto sulle tabelle di retribuzione dichiarate con il d.m. 15 settembre 2004, apparso sulla Gazzetta ufficiale del 13 ottobre 2004.

Pare ragionevole riconoscere che né alla data di compilazione dell'offerta - che secondo il verbale di gara del 19 maggio 2004, reca la data del 17 maggio - né alla data dell'esame di congruità dell'offerta, eseguito dalla commissione di gara il 12 ottobre 2004, poteva essere conosciuto ed applicato il livello delle retribuzioni attestate nel decreto ministeriale.

Pare altresì ragionevole porre in rilievo che, nel predetto d.m. 15 settembre 2004, è stato “recepito” l’accordo collettivo stipulato in data 26 maggio 2004. Sicché non ne poteva avere conoscenza la cooperativa offerente alla suddetta data di redazione della sua proposta contrattuale del 17 maggio 2004.

7. In conclusione, va accolto l’appello e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso introduttivo.

8. Delle spese si può disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l’appello e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 13 gennaio 2006 DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 6 giugno 2006

<https://www.diritto.it/l-esame-delle-justificazioni-dell-impresa-possibile-aggiudicataria-segue-ad-apprezza-menti-di-indole-tecnica-e-di-contenuto-discrezionale-che-possono-essere-sindacati-nel-giudizio-amministrativo-so/>