

In sintesi la “compensazione” prospettata dalla Cooperativa ricorrente era inammissibile perché frutto di un'indebita trasformazione di un costo calcolato “a corpo” in uno considerato “a misura”, il tutto in patente violazione della normativa di gara

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' corretto che una Stazione appaltante, nell'indire una procedura, con il sistema dell'asta pubblica, per l'aggiudicazione del contratto di appalto del servizio di pulizia degli uffici provinciali, per un importo a base di gara pari a €. 289.000,00 (oltre IVA), con il criterio stabilito per l'aggiudicazione del prezzo più basso; imponga nel capitolato speciale d'appalto che l'importo totale del costo della manodopera da impiegare nello svolgimento del servizio sia nella misura “****(a) ed invariabile” di €. 244.589,00?

E' legittimo considerare anomala un'offerta recante un costo per manodopera nell'esatta misura imposta dal CSA e un valore pari a 0 (zero) per tutte le altre voci di costo (ossia, per il “costo presunto ammortamento attrezzature”, per il “costo presunto per la formazione”, per il “costo presunto per spese generali”, per il “costo presunto per materiali di consumo” e per l'“utile d'impresa”).?

E' legittima la conseguente esclusione (con annullamento dell'aggiudicazione provvisoria) in quanto la commissione giudicatrice, , ritenne di non poter accettare le giustificazioni addotte dalla società appellante, avendo tra l'altro reputato che le fondamentali voci di costo sopra indicate non potessero essere “spalmate su altri contratti in corso del concorrente” e, di conseguenza, escluse la Cooperativa ricorrente dalla gara per la riscontrata anomalia dell'offerta?

Il comportamento della Stazione appaltante risulta corretto anche per il Consiglio di Stato in quanto. Il Collegio è dell'avviso che la sentenza del primo Giudice, seppur redatta in forma succinta, rechi una compiuta e condivisibile motivazione delle ragioni della reiezione dell'originaria impugnativa.. Ed invero, nel respingere il primo motivo di ricorso (con il quale la Cooperativa Ricorrente aveva lamentato che la stazione appaltante, in violazione dell'art 25, comma 1, del D.lgs. n. 157/1995, non avesse valutato compiutamente le giustificazioni presentate in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta), il T.a.r. ha osservato che il CSA - non impugnato sul punto - indicava espressamente e in maniera sufficientemente chiara e dettagliata quale fosse il costo della manodopera necessaria allo svolgimento del servizio, per di

più qualificandolo come fisso e invariabile e che tuttavia la Cooperativa Ricorrente aveva sostanzialmente pro-spettato, nelle giustificazioni, un'elusione di tale vincolo ipotizzando una non consentita "compensazione" di natura economica tra i risparmi di spesa effettuabili su detta voce con gli altri, differenti costi del servizio di pulizia. **Al riguardo va osservato che il computo ipotizzato dalla Cooperativa ricorrente dissimula, a ben vedere, una variazione, in diminuzione, del costo per la manodopera imposto dall'art. 5 del CSA, dacché i pretesi "risparmi di spesa" derivano esclusivamente dalla stima di un minor costo per lo svolgimento della pulizia dei cortili interni dei Palazzi Natta e *****: sul punto la società appellante ha sviluppato un argomento di tipo matematico incentrato sulla possibilità di svolgere anche tale interventi, non al costo orario di €. 25,00, bensì a quello minore di 14,01 euro l'ora, previsto dal bando per altri servizi inclusi nell'appalto.** Il procedimento di verifica della congruità dell'offerta anomala si è difatti svolto in contraddittorio con la ricorrente, sebbene nelle forme consentite dall'ordinamento (ovvero attraverso un contraddittorio scritto). Non può inoltre trovare tutela la pretesa della società appellante di partecipare a sedute di gara riservate, come quelle in cui la commissione giudicatrice è chiamata a valutare la congruità delle offerte sospettate di anomalia.

Merita di essere segnalata la decisione numero 3324 del 28 maggio 2009, emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

Si tratta però di un argomento radicalmente viziato e privo di qualunque pregio dimostrativo. La pulizia dei cortili interni dei Palazzi Natta e ***** è in realtà l'unica categoria di servizi che il CSA qualifica come "a corpo" (v. all'art. 3), mentre tutti gli altri servizi sono in effetti "a misura".

In riferimento a detti interventi, dunque, la Cooperativa ALFA non avrebbe potuto ipotizzare alcun "risparmio di spesa" (pari, per ogni ora di lavoro prestato, alla differenza tra €. 25,00 ed €. 14,01) per la semplice ragione che il CSA in nessuna parte aveva previsto, per essi, un costo di €. 25,00 l'ora; il capitolato stabiliva piuttosto che per ogni intervento di pulizia dei cortili, pur stimando necessarie almeno nove ore di lavoro, la Provincia di Novara avrebbe comunque corrisposto soltanto €. 225,00, a prescindere dall'impegno lavorativo effettivamente richiesto>

Ma vi è di più

Una seconda argomentazione milita contro le giustificazioni addotte dalla società appellante. La

Cooperativa ALFA ha infatti indicato per tutte le voci diverse dalla manodopera un valore zero, nonostante alcuni di tali costi fossero stati perfino quantificati.

Ne consegue che la Cooperativa ALFA, onde predisporre un'offerta veritiera e conforme alle giustificazioni fornite, in luogo di "assorbirle" nei presunti risparmi di spesa avrebbe dovuto esplicitare nella scheda i costi stimati e ridurre, in pari misura, il costo per la manodopera; in questo modo però la società appellante avrebbe inevitabilmente violato il CSA, posto che il capitolato di gara prescriveva, come più volte ripetuto, un minimo irriducibile per la manodopera.

Quanto appena illustrato prova in maniera inconfutabile, seppure a contrario, che la compensazione sopra descritta inciderebbe negativamente sul costo del lavoro, in violazione dell'art. 5 del CSA.

A cura di *****

N. 3324/09 REG.DEC.

N. 5981 REG.RIC.

ANNO 2006

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5981 del 2006 proposto dalla SOCIETA' COOPERATIVA ALFA, costituitasi in persona del Presidente del Consiglio di amministrazione, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, *****, e *****, con domicilio eletto in Roma via della Scrofa, n. 47, presso l'avv. *****;

contro

la PROVINCIA DI NOVARA, costituitasi in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto in Roma, via della Meloria, n. 52, presso il primo difensore;

e nei confronti

della DITTA BETA DI ***** S-

non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 1863 del 18 aprile 2006 pronunciata dal Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, sez. II;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il decreto presidenziale n. 3487 del 14 luglio 2006, con il quale è stata respinta la domanda di adozione di misure cautelari provvisorie;

Vista l'ordinanza n. 4205 del 29 agosto 2006 con la quale è stata respinta l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata;

Designato relatore il consigliere *****;

Uditi alla pubblica udienza del 17 febbraio 2009 gli avv.ti ***** e ***** per la società appellante e l'avv. ***** per la Provincia di Novara;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. - Con determinazione dirigenziale n. 4251 del 13 ottobre 2005 l'amministrazione provinciale di Novara indisse una procedura, con il sistema dell'asta pubblica, per l'aggiudicazione del contratto di appalto del servizio di pulizia degli uffici provinciali, per un importo a base di gara pari a €. 289.000,00 (oltre IVA).

Il criterio stabilito per l'aggiudicazione fu quello del prezzo più basso; inoltre il capitolato speciale d'appalto (nel prosieguo "CSA"), all'art. 5, prevede l'importo totale del costo della manodopera da impiegare nello svolgimento del servizio nella misura "****(a) ed invariabile" di €. 244.589,00.

La *****à cooperativa ALFA (d'ora innanzi "Cooperativa ALFA") partecipò alla gara, presentando un'offerta recante un costo per manodopera nell'esatta misura imposta dal CSA e un valore pari a 0 (zero) per tutte le altre voci di costo (ossia, per il "costo presunto ammortamento attrezzature", per il "costo presunto per la formazione", per il "costo presunto per spese generali", per il "costo presunto per materiali di consumo" e per l'"utile d'impresa").

Con comunicazione del 14 dicembre 2005 la società ricorrente fu informata della circostanza che l'offerta era risultata anomala e, pertanto, fu invitata a produrre idonee giustificazioni, ai sensi dell'art. 25 del D.Lgs. n. 157/1995.

Con nota in data 15 dicembre 2005 la Cooperativa ALFA presentò i chiarimenti richiesti, sostenendo che le incidenze nulle per i costi del materiale di consumo, da un lato, e per quelli relativi alla formazione del

personale e alle spese generali, dall'altro lato, erano rispettivamente giustificabili in base alle condizioni di favore assicurate all'impresa da un fornitore (essenzialmente secondo la formula del "3x2"), nonché in forza della eliminazione dei costi stimati per la formazione (€ 560,40) e per le spese generali (€ 1.200,00) sia mediante la loro ripartizione sul complessivo giro di affari sia attraverso la copertura degli stessi con i risparmi rivenienti dall'utilizzo di personale per gli interventi di pulizia dei cortili interni di Palazzo Natta (contrassegnato in CSA con il codice A.4.) e di Palazzo Tornielli (con il codice B.3); riguardo a quest'ultimo aspetto la Cooperativa ALFA osservò difatti che per detti interventi il CSA aveva indicato un costo orario di € 25,00 superiore agli € 14,01 l'ora imposti, in conformità delle tabelle ministeriali di riferimento, dallo stesso CSA per altri servizi di pulizia messi a gara.

Successivamente, con determinazione dirigenziale n. 5449 del 22 dicembre 2005, la Provincia di Novara provide all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, inizialmente disposta in favore della Cooperativa ALFA nonostante vi fossero state altre imprese collocatesi a pari merito rispetto alla società appellante.

Nella seduta riservata del 23 dicembre 2005 la commissione giudicatrice, con valutazione recepita nella determina dirigenziale n. 5504 del 27 dicembre 2005, ritenne di non poter accettare le giustificazioni addotte dalla società appellante, avendo tra l'altro reputato che le fondamentali voci di costo sopra indicate non potessero essere "spalmate su altri contratti in corso del concorrente" e, di conseguenza, escluse la Cooperativa ALFA dalla gara per la riscontrata anomalia dell'offerta.

2. - Avverso tale determinazione l'odierna appellante insorse dinanzi al T.a.r. del Piemonte, deducendo i seguenti motivi:

1) violazione di legge in relazione agli artt. 23 e 25 del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157. Eccesso di potere

per erronea interpretazione e falsa applicazione del capitolato speciale d'appalto, nonché violazione dei principi di favor participationis e di par condicio. Illogicità. Sviamento;

2) violazione di legge con riferimento alla lex specialis di gara nonché all'art. 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i.. Eccesso di potere per difetto di motivazione dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria della gara;

3) violazione di legge, artt. 1 e 10 della L. 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per lesione dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, nonché del diritto di partecipazione al procedimento amministrativo dell'interessato. Carezza di istruttoria procedurale.

3. - Si costituì in giudizio la Provincia di Novara chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

4. - Con la sentenza in forma semplificata, di estremi specificati in epigrafe, il T.a.r. del Piemonte respinse il ricorso, compensando tra le parti le spese del giudizio.

5. - Contro la decisione ha interposto appello la Cooperativa ALFA, lamentandone l'erroneità e invocandone la riforma, con ogni conseguente statuizione, tra cui, in particolare, la riammissione della stessa alla gara e l'aggiudicazione definitiva in suo favore o, in subordine, il risarcimento, per equivalente, del pregiudizio derivato dall'illegittima esclusione.

6. - L'impugnazione, riprodotiva anche della domanda di risarcimento dei danni formulata in prime cure, poggia su due motivi.

Con un primo, articolato, mezzo di gravame la Cooperativa ALFA ripropone tutte le censure disattese dal T.a.r. e critica la sentenza per averle erroneamente rigettate.

Con il secondo motivo, incentrato sulla pretesa violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la società appellante lamenta la pretesa incongruità della motivazione di rigetto.

7. - Si è costituita, per resistere all'appello, la Provincia di Novara, concludendo per la conferma della sentenza impugnata.

8. - Con decisione interlocutoria n. 1727 del 12 aprile 2007 la Sezione ha disposto una verifica, la cui relazione conclusiva è stata depositata il 26 settembre 2008.

9. - All'udienza pubblica del 17 febbraio 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

10. - L'appello è infondato e merita integrale rigetto.

11. - I due motivi di impugnazione, attesa la loro reciproca implicazione, possono essere trattati congiuntamente.

12. - Il Collegio è dell'avviso che la sentenza del primo Giudice, seppur redatta in forma succinta, rechi una compiuta e condivisibile motivazione delle ragioni della reiezione dell'originaria impugnativa.

Ed invero, nel respingere il primo motivo di ricorso (con il quale la Cooperativa ALFA aveva lamentato che la stazione appaltante, in violazione dell'art 25, comma 1, del D.lgs. n. 157/1995, non avesse valutato compiutamente le giustificazioni presentate in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta), il T.a.r. ha osservato che il CSA - non impugnato sul punto - indicava espressamente e in maniera sufficientemente chiara e dettagliata quale fosse il costo della manodopera necessaria allo svolgimento del servizio, per di più qualificandolo come fisso e invariabile e che tuttavia la Cooperativa ALFA aveva sostanzialmente prospettato, nelle giustificazioni, un'elusione di tale vincolo ipotizzando una non consentita "compensazione" di natura economica tra i risparmi di spesa effettuabili su detta voce con gli altri, differenti costi del servizio di pulizia.

Il T.a.r. ha poi escluso che si fosse concretizzata, nella fattispecie, una violazione del favor participationis.

13. - Le condivisibili conclusioni alle quali è approdato il primo Giudice, sostanzialmente incentrate sul tenore letterale del solo art. 5 del CSA, risultano avvalorate da due ulteriori e dirimenti rilievi.

Si è detto infatti che la tesi difensiva della Cooperativa ALFA poggia sulla rivendicazione della formale corrispondenza tra il costo della manodopera “fisso e invariabile” imposto dal capitolato e l'importo indicato, per le medesime voci, nell'offerta presentata dalla società appellante in sede di gara.

Orbene non è contestabile che sussista tale corrispondenza numeraria: nulla ha aggiunto pertanto, sotto questo aspetto, la verifica disposta in corso di causa, essendosi il verificatore limitato a confermare quanto già emergeva dal contenuto degli atti della gara (ossia, per un verso, la conformità dell'offerta della Cooperativa ALFA al CSA e, per altro verso, l'allineamento di quest'ultimo rispetto alle tabelle ministeriali all'epoca vigenti per il settore dei servizi di pulizia).

Siffatta identità di importi non assume tuttavia alcun rilievo ai fini della decisione, giacché la questione al centro del contendere riguarda piuttosto il profilo dell'ammissibilità, quale idonea giustificazione, della

compensazione economica sopra riferita.

Al riguardo va osservato che il computo ipotizzato dalla Cooperativa Europea dissimula, a ben vedere, una variazione, in diminuzione, del costo per la manodopera imposto dall'art. 5 del CSA, dacché i pretesi “risparmi di spesa” derivano esclusivamente dalla stima di un minor costo per lo svolgimento della pulizia dei cortili interni dei Palazzi Natta e *****: sul punto la società appellante ha sviluppato un argomento di tipo matematico incentrato sulla possibilità di svolgere anche tale interventi, non al costo orario di €. 25,00, bensì a quello minore di 14,01 euro l'ora, previsto dal bando per altri servizi inclusi nell'appalto.

Si tratta però di un argomento radicalmente viziato e privo di qualunque pregio dimostrativo. La pulizia dei cortili interni dei Palazzi Natta e ***** è in realtà l'unica categoria di servizi che il CSA qualifica come “a corpo” (v. all'art. 3), mentre tutti gli altri servizi sono in effetti “a misura”.

In riferimento a detti interventi, dunque, la Cooperativa ALFA non avrebbe potuto ipotizzare alcun “risparmio di spesa” (pari, per ogni ora di lavoro prestato, alla differenza tra €. 25,00 ed €. 14,01) per la semplice ragione che il CSA in nessuna parte aveva previsto, per essi, un costo di €. 25,00 l'ora; il capitolato stabiliva piuttosto che per ogni intervento di pulizia dei cortili, pur stimando necessarie almeno nove ore di lavoro, la Provincia di Novara avrebbe comunque corrisposto soltanto €. 225,00, a prescindere dall'impegno lavorativo effettivamente richiesto.

In sintesi la “compensazione” prospettata dalla Cooperativa ALFA era inammissibile perché frutto di un'indebita trasformazione di un costo calcolato “a corpo” in uno considerato “a misura”, il tutto in patente violazione della normativa di gara.

Una seconda argomentazione milita contro le giustificazioni addotte dalla società appellante. La Cooperativa ALFA ha infatti indicato per tutte le voci diverse dalla manodopera un valore zero, nonostante alcuni di tali costi fossero stati perfino quantificati.

Ne consegue che la Cooperativa ALFA, onde predisporre un'offerta veritiera e conforme alle giustificazioni fornite, in luogo di "assorbirle" nei presunti risparmi di spesa avrebbe dovuto esplicitare nella scheda i costi stimati e ridurre, in pari misura, il costo per la manodopera; in questo modo però la società appellante avrebbe inevitabilmente violato il CSA, posto che il capitolato di gara prescriveva, come più volte ripetuto, un minimo irriducibile per la manodopera.

Quanto appena illustrato prova in maniera inconfutabile, seppure a contrario, che la compensazione sopra descritta
incideva negativamente sul costo del lavoro, in violazione dell'art. 5 del CSA.

14. - In conclusione, non vi è alcun vizio di motivazione della sentenza impugnata né vi è alcun errore nel CSA, come pure adombrato dalla Cooperativa ALFA.

15. - Nel respingere il secondo motivo, con il quale la Cooperativa ALFA aveva dedotto l'omessa motivazione dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, il T.a.r. ha osservato che l'annullamento fu disposto in quanto l'offerta della società appellante, in un primo tempo ritenuta - erroneamente - quella più bassa, era in realtà dello stesso importo (€ 273.123,51) di altre tre offerte; l'esercizio dell'autotutela, motivato, nella determinazione n. 5504 del 27 dicembre 2005, per relationem al precedente atto di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e al verbale della seduta di gara del 23 dicembre 2005, è stato quindi giudicato dal T.a.r. conforme al paradigma delineato nell'art. 3, comma 3, della L. n. 241 del 1990.

16. - Sul punto l'atto di appello non offre elementi per discostarsi dalla persuasiva motivazione del T.a.r. che, pertanto, anche in questa parte merita conferma; d'altronde, una volta ritenuta l'anomalia dell'offerta della Cooperativa ALFA, viene meno, a fronte dell'accertamento della legittima esclusione della stessa

dalla gara, ogni interesse della società appellante a coltivare l'impugnativa avverso l'annullamento dell'iniziale (si ribadisce, erronea) aggiudicazione provvisoria.

17. - Con il terzo e ultimo motivo la Cooperativa ALFA si era lamentata di non aver potuto partecipare, in contraddittorio con l'amministrazione, al procedimento sfociato nell'adozione della decisione di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e alla successiva seduta di gara (in cui ne fu disposta l'esclusione).

Correttamente, ad avviso del Collegio, il primo Giudice ha disatteso la censura: il procedimento di verifica della congruità dell'offerta anomala si è difatti svolto in contraddittorio con la ricorrente, sebbene nelle forme consentite dall'ordinamento (ovvero attraverso un contraddittorio scritto). Non può inoltre trovare tutela la pretesa della società appellante di partecipare a sedute di gara riservate, come quelle in cui la commissione giudicatrice è chiamata a valutare la congruità delle offerte sospettate di anomalia.

18. - Al rigetto del primo motivo di appello consegue anche la reiezione del secondo, essendosi data ampia dimostrazione della congruità della motivazione posta a corredo della decisione gravata.

19. - Dall'infondatezza della parte cassatoria dell'appello promana in via direttamente consequenziale il rigetto della domanda risarcitoria.

20. - In considerazione della novità delle questioni trattate può disporsi l'integrale compensazione tra le parti costituite delle spese processuali del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello.

Compensa integralmente tra le parti le spese processuali del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17 febbraio 2009, con l'intervento dei magistrati:

Presidente

Filoreto *****

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....28/05/09.....

(Art. 55,L. 27/4/1982,n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to *****

<https://www.diritto.it/in-sintesi-la-compensazione-prospettata-dalla-cooperativa-ricorrente-era-inammissibile-perche-frutto-di-un-indebita-trasformazione-di-un-costo-calcolato-a-corpo-in/>