

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29050-al-rigetto-della-domanda-di-annullamento-degli-atti-impugnati-consegue-la-reiezione-della-domanda-di-risarcimento-del-danno>

Autore: Lazzini Sonia

Al rigetto della domanda di annullamento degli atti impugnati consegue la reiezione della domanda di risarcimento del danno

C.St. 12.02.2010 n. 741

Al rigetto della domanda di annullamento degli atti impugnati consegue la reiezione della domanda di risarcimento del danno

le questioni concernenti l'esecuzione del servizio (e le eventuali responsabilità penali dei trasportatori) sono estranee alle valutazioni che il seggio di gara è chiamato ad effettuare, conformemente alla *lex specialis*, in ordine alla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara (pacificamente posseduti dalla aggiudicataria)

In diritto la sezione premette che il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto; il giudizio conclusivo ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme; conseguentemente la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; invece la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (cfr. ex plurimis e da ultimo Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748; sez. V, 20 maggio 2008, n. 2348)

Con il primo motivo dell'originario ricorso di primo grado – pagine da 8 a 15 - sono state dedotte le seguenti censure:

- 1.1. illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto per avere la società Controinteressata dichiarato, in sede di gara, di voler affidare l'esecuzione del servizio a due cooperative sue socie (nella specie la cooperativa Ravviva e la cooperativa Facchini), prive del necessario requisito della iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali (in prosieguo l'Albo); si lamenta che la Controinteressata avrebbe posto in essere uno stratagemma per favorire imprese non abilitate allo svolgimento del servizio posto a base di gara e che la mancanza in capo al trasportatore di rifiuti genera responsabilità penale di tutti i soggetti coinvolti;
- 1.2. la Controinteressata non sarebbe una vera società cooperativa ma una cooperativa di secondo grado, ovvero un consorzio di cooperative che ha partecipato alla gara al solo scopo di favorire le vere imprese interessate alla gestione del servizio;
- 1.3. assodata la reale natura della Controinteressata emerge che quest'ultima ha violato le prescrizioni sancite dall'art. 37, co. 4, d.lgs. n. 163 del 2006 non avendo dichiarato nella propria offerta né i soggetti ai quali avrebbe assegnato il servizio né le partizioni del servizio a questi assegnate.
- 2.6. violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006, incompletezza delle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Le censure sono tutte infondate.

Le doglianze sub 1.1., 1.2. e 1.3. sono connesse e possono essere congiuntamente esaminate e disattese.

La sezione rileva che da tutta la documentazione versata in atti emerge univocamente che:

- a) la Controinteressata è una società cooperativa che esercita attività di impresa in proprio e non è stata costituita fittiziamente, ovvero al solo scopo di consentire alle socie di partecipare alla gara in contestazione (cfr. in particolare art. 6, lett. a) – j) dello statuto);
- b) conseguentemente è inconferente il richiamo all'art. 37, d.lgs. n. 163 del 2006 che trova applicazione esclusivamente nei confronti dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi;
- c) le questioni concernenti l'esecuzione del servizio (e le eventuali responsabilità penali dei trasportatori) sono estranee alle valutazioni che il seggio di gara è chiamato ad effettuare, conformemente alla *lex specialis*, in ordine alla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara (pacificamente posseduti dalla aggiudicataria);

d) le invocate circolari del Comitato nazionale dell'Albo (n. 5130 del 1999 come modificata dalla circolare n. 5727 del 2001), sono inapplicabili al caso di specie in quanto: I) non hanno ad oggetto la partecipazione delle imprese di smaltimento dei rifiuti a gare di appalto ma la valutazione dei requisiti di iscrizione all'Albo; II) la lett. f) della circolare n. 5131 ha come destinatari i consorzi e le cooperative costituite allo scopo di assumere appalti in nome proprio ma esclusivamente per conto di soggetti terzi associati o consorziati, ma tale circostanza di fatto, come evidenziato in precedenza, non rileva nel caso di specie.

Le censure sub 2.5. e 2.6., sottoponendo, in pari misura, al sindacato del giudice amministrativo gli esiti dello scrutinio di non anomalia dell'offerta aggiudicataria, sono connesse e possono essere esaminate e disattese congiuntamente.

In diritto la sezione premette che il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto; il giudizio conclusivo ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme; conseguentemente la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; invece la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (cfr. ex plurimis e da ultimo Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748; sez. V, 20 maggio 2008, n. 2348).

Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie ne discende che le lamentate censure sono inammissibili, nella parte in cui impingono il merito delle valutazioni tecniche riservate alla stazione appaltante, e comunque infondate perché:

- a) il calcolo del costo del lavoro effettuato utilizzando il criterio del c.d. quoziente teorico è corretto sulla scorta dell'incontestabile presenza, fra il personale impiegato, di ben undici lavoratori svantaggiati, su un totale di trentasei, per i quali l'impresa fruisce di sgravi fiscali;
- b) le giustificazioni sono state ritenute complete dalla stazione appaltante senza che la ricorrente abbia dettagliato le carenze che avrebbero inficiato il giudizio di non anomalia.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 741 del 12 febbraio 2010 emessa dal Consiglio di Stato

Si legga anche

In tema di procedimento di verifica delle offerte anomale

il sub procedimento volto alla verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale e la motivazione della valutazione effettuata circa l'anomalia dell'offerta costituisce elemento decisivo ai fini della verifica della correttezza della valutazione effettuata, tuttavia la necessità di una puntuale ed analitica valutazione è generalmente richiesta dalla giurisprudenza solo nel caso di giudizio negativo, mentre nel caso di valutazione positiva è sufficiente un riferimento alle giustificazioni offerte dall'impresa sottoposta a verifica

il Consiglio di Stato con la decisione numero 2348 del 20 maggio 2008 ci insegna che:

<il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme ed esso costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto >

ma non solo

< Inoltre, per quanto riguarda la sufficienza o meno della motivazione sul giudizio di anomalia dell'offerta, il Collegio condivide l'orientamento secondo cui la motivazione viene richiesta rigorosa ed analitica nel caso di giudizio negativo sull'anomalia; in caso, invece, di giudizio positivo, ovvero di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti. Pertanto, il giudizio favorevole di non anomalia dell' offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate >

A cura di Sonia Lazzini

N. 00741/2010 REG.DEC.

N. 06264/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 6264 del 2009, proposto dalla Ricorrente S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Mirra, Oreste Cantillo e Angelo Galati, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Properzio n. 37;

contro

Azienda Multiservizi Igiene Ambientale Torino S.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Izzo e

Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Lungotevere Marzio n.3;

nei confronti di

Società cooperativa Controinteressata Trasporti in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Elena Zanni, con domicilio eletto presso l'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via Pierluigi da Palestrina n. 47;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo per il Piemonte, Sezione I, n. 1745 del 19 giugno 2009.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Multiservizi Igiene Ambientale Torino S.p.a. e della Società cooperativa Controinteressata Trasporti;

Viste le memorie conclusionali depositate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2009 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Mirra e Resta su delega degli avvocati Zanni e Izzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L' Azienda Multiservizi Igiene Ambientale Torino s.p.a (in prosieguo l'Azienda), ha indetto una gara di appalto per l'espletamento del servizio di pulizia, raccolta con modalità banco a banco, trasporto e conferimento rifiuti urbani dei mercati rionali.

1.2. Relativamente al lotto 6, la gara è stata aggiudicata alla Società cooperativa Controinteressata Trasporti (in prosieguo Controinteressata); al secondo posto si è classificata la Ricorrente S.r.l. (in prosieguo Ricorrente).

2. Avverso i verbali di gara ed il provvedimento di aggiudicazione definitiva è insorta la società Ricorrente, articolando con il ricorso principale ed atto di motivi aggiunti, tre complessi motivi per un totale di dieci censure (così ripartite: tre nel primo motivo, sei nel secondo motivo ed una con il terzo motivo).

3. L'impugnata sentenza ha respinto, con dovizia di argomenti, tutte le censure compensando fra le parti le spese di lite.

4. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la società Ricorrente ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. contestandone tutti i capi ad eccezione di quelli con cui erano state respinte le censure sub 2.4. del secondo motivo e l'unica doglianza posta a fondamento del terzo motivo.

5. Si sono costituite l'Azienda e la Controinteressata deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

6. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica dell'11 dicembre 2009.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

In via preliminare il collegio rileva che il *thema decidendum* del presente giudizio è delimitato dalle censure articolate in prime cure nei limiti in cui sono state criticamente riproposte, non potendosi tenere conto dei profili nuovi sollevati per la prima volta in sede di appello, in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 345, co. 1, c.p.c., e, *a fortiori*, in sede di memoria conclusionale (nella specie quella del 1 dicembre 2009), avendo quest'ultima valore puramente illustrativo (cfr. *ex plurimis* Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2008; sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481); per semplicità espositiva la sezione seguirà, pertanto, la tassonomia dei motivi sviluppati in primo grado.

7.1. Con il primo motivo dell'originario ricorso di primo grado – pagine da 8 a 15 - sono state dedotte le seguenti censure:

1.1. illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto per avere la società Controinteressata dichiarato, in sede di gara, di voler affidare l'esecuzione del

servizio a due cooperative sue socie (nella specie la cooperativa Ravviva e la cooperativa Facchini), prive del necessario requisito della iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali (in prosieguo l'Albo); si lamenta che la Controinteressata avrebbe posto in essere uno stratagemma per favorire imprese non abilitate allo svolgimento del servizio posto a base di gara e che la mancanza in capo al trasportatore di rifiuti genera responsabilità penale di tutti i soggetti coinvolti;

1.2. la Controinteressata non sarebbe una vera società cooperativa ma una cooperativa di secondo grado, ovvero un consorzio di cooperative che ha partecipato alla gara al solo scopo di favorire le vere imprese interessate alla gestione del servizio;

1.3. assodata la reale natura della Controinteressata emerge che quest'ultima ha violato le prescrizioni sancite dall'art. 37, co. 4, d.lgs. n. 163 del 2006 non avendo dichiarato nella propria offerta né i soggetti ai quali avrebbe assegnato il servizio né le partizioni del servizio a questi assegnate.

7.1.1. Le censure sono tutte infondate.

Le doglianze sub 1.1., 1.2. e 1.3. sono connesse e possono essere congiuntamente esaminate e disattese.

La sezione rileva che da tutta la documentazione versata in atti emerge univocamente che:

- a) la Controinteressata è una società cooperativa che esercita attività di impresa in proprio e non è stata costituita fittiziamente, ovvero al solo scopo di consentire alle socie di partecipare alla gara in contestazione (cfr. in particolare art. 6, lett. a) – j) dello statuto);
- b) conseguentemente è inconferente il richiamo all'art. 37, d.lgs. n. 163 del 2006 che trova applicazione esclusivamente nei confronti dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi;

c) le questioni concernenti l'esecuzione del servizio (e le eventuali responsabilità penali dei trasportatori) sono estranee alle valutazioni che il seggio di gara è chiamato ad effettuare, conformemente alla *lex specialis*, in ordine alla sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara (pacificamente posseduti dalla aggiudicataria);

d) le invocate circolari del Comitato nazionale dell'Albo (n. 5130 del 1999 come modificata dalla circolare n. 5727 del 2001), sono inapplicabili al caso di specie in quanto: I) non hanno ad oggetto la partecipazione delle imprese di smaltimento dei rifiuti a gare di appalto ma la valutazione dei requisiti di iscrizione all'Albo; II) la lett. f) della circolare n. 5131 ha come destinatari i consorzi e le cooperative costituite allo scopo di assumere appalti in nome proprio ma esclusivamente per conto di soggetti terzi associati o consorziati, ma tale circostanza di fatto, come evidenziato in precedenza, non rileva nel caso di specie.

7.2. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo – pagine da 15 a 23 – sono state articolate le seguenti censure:

2.1. mancanza della disponibilità effettiva dei mezzi necessari all'espletamento del servizio, non potendo allo scopo essere considerati utili quelli messi a disposizione delle consociate Ravviva e Facchini; violazione della precitata circolare del comitato nazionale dell'Albo gestori ambientali n. 5130 del 1999;

2.2. non veridicità della dichiarazione resa dalla Controinteressata in merito alla disponibilità di personale;

2.3. mancata fornitura dell'autobotte a mente dell'art. 1F del capitolato speciale di appalto;

2.4. mancata produzione dell'elenco nominativo del personale ai sensi dell'art. 6 del disciplinare di gara (tale motivo non è stato riproposto in sede di appello);

2.5. scorretta applicazione dei coefficienti per la determinazione del costo del lavoro in sede di verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria;

2.6. violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006, incompletezza delle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria.

7.2.1. Le censure non sono meritevoli di favorevole esame.

Le doglianze sub 2.1. sono infondate perché:

a) Controinteressata ha dimostrato la piena disponibilità dei mezzi, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 6, co. 2, lett. h) del disciplinare di gara, facendo risultare nel proprio dispositivo di iscrizione presso l'Albo i mezzi in proprietà delle cooperative Ravviva e Facchini a lei concessi in uso, né risulta che tale segnalazione sia stata ricusata dall'Albo;

b) Controinteressata, come rilevato al precedente punto, non è un consorzio o una cooperativa fittizia, ma una impresa che gestisce in proprio rilevanti attività di impresa.

Sub 2.2. la sezione osserva che la dichiarazione resa da Controinteressata, in ordine alla assunzione del personale dipendente dal precedente affidatario del servizio da parte delle socie Ravviva e Facchini, oltre ad essere veritiera è conforme alle prescrizioni della *lex specialis*; *in parte qua* è irrilevante che le socie in questione siano iscritte all'Albo solo per il trasporto dei rifiuti propri, giacché l'unico elemento essenziale ai fini dell'aggiudicazione è che Controinteressata sia in possesso di tutte le iscrizioni necessarie.

Sub 2.3. è appena il caso di osservare che è del tutto influente che l'aggiudicataria non abbia incluso, fra gli automezzi impiegabili per l'esecuzione dell'appalto, l'autobotte richiesta dall'art. 1F del capitolato dal momento che tale onere non era previsto a pena di esclusione dalla gara.

Le censure sub 2.5. e 2.6., sottoponendo, in pari misura, al sindacato del giudice amministrativo gli esiti dello scrutinio di non anomalia dell'offerta aggiudicataria, sono connesse e possono essere esaminate e disattese congiuntamente.

In diritto la sezione premette che il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto; il giudizio conclusivo ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme; conseguentemente la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; invece la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748; sez. V, 20 maggio 2008, n. 2348).

Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie ne discende che le lamentate censure sono inammissibili, nella parte in cui impingono il merito delle valutazioni tecniche riservate alla stazione appaltante, e comunque infondate perché:

- a) il calcolo del costo del lavoro effettuato utilizzando il criterio del c.d. quoziente teorico è corretto sulla scorta dell'incontestabile presenza, fra il personale impiegato, di ben undici lavoratori svantaggiati, su un totale di trentasei, per i quali l'impresa fruisce di sgravi fiscali;
- b) le giustificazioni sono state ritenute complete dalla stazione appaltante senza che la ricorrente abbia dettagliato le carenze che avrebbero inficiato il giudizio di non anomalia.

7.3. Al rigetto della domanda di annullamento degli atti impugnati consegue la reiezione della domanda di risarcimento del danno.

8. In conclusione l'appello deve essere respinto con la conseguenziale condanna dell'appellante alla refusione delle spese di giudizio in favore di entrambe le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- condanna l'appellante a rifondere in favore dell'Azienda Multiservizi Igiene Ambientale Torino s.p.a. e della Società cooperativa Controinteressata Trasporti, le spese, gli onorari e le competenze del presente giudizio che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stenio Riccio, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2010

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

Il Dirigente della Sezione