

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 14/03/2013

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/34783-linee-guida-sugli-appalti-pubblici-alla-luce-della-recente-giurisprudenza-dalla-a-di-anomalia-alla-z-di-zero-risarcimento-danni>

Autore: Milizia Giulia

**Linee guida sugli appalti pubblici alla luce della recente
giurisprudenza: dalla A di anomalia alla Z di zero
risarcimento danni**

Linee guida sugli appalti pubblici alla luce della recente giurisprudenza: dalla A di anomalia alla Z di zero risarcimento danni.

Di Giulia Milizia

Le pronunce in esame, nel complesso, offrono un breve *vademecum* sulle principali tematiche relative agli appalti pubblici: dall'anomalia dell'offerta ai criteri di valutazione della stessa, dal costo medio del lavoro all'informativa antimafia c.d. anomala, dalle modalità di notifica al potere discrezionale del G.A. e dalla procedura di impugnazione alla richiesta di risarcimento danni da perdita di *chance*.

Le sentenze del Tar Campania Napoli sez. I. nn. 881 e 898 e Tar Emilia Romagna Bologna sez. II n. 110, depositate lo scorso 13 e 14 febbraio, infatti, affrontano dettagliatamente diversi aspetti della normativa sugli appalti pubblici, chiarendone spesso aspetti dubbi, come la c.d. informativa antimafia anomala, istituto di rado esaminato dalla giurisprudenza. Tutte sono accomunate dal mancato risarcimento danni per gli asseriti pregiudizi subiti.

I casi. Una ditta non vinceva un appalto per la pulizia di autobus, per pochi punti, a causa di un'anomalia dell'offerta (costi della manodopera in sostituzione), risultata eccessivamente bassa all'esito della verifica di congruità. La decisione era ratificata anche dopo che, in esecuzione di una sentenza di appello (ancora pendente) le veniva attribuito il punteggio migliore. Impugnava il provvedimento, ma il Tar lo ha confermato con interessanti riflessioni processuali (modalità di notifica in caso di irreperibilità del destinatario, giudizio di congruità e quantificazione del costo medio del lavoro). La seconda, invece, attiene alla rescissione del contratto, per la gestione di un centro antiviolenza e per la tutela di minori, basata su informative antimafia anomale risultate infondate: i dirigenti della ditta erano stati accusati ingiustamente ed assolti con formula piena dalle accuse di aver commesso i reati ex art. 328, 476 e 479 cp, aggravati dall'aver favorito l'attività di un clan camorrista ai sensi dell'art. 7 L.203/91. Il Tar ha accolto le loro ragioni ed ha annullato detti provvedimenti. L'ultima nega il risarcimento danni per una ditta classificatasi quarta nella gara per l'affidamento di servizi socio assistenziali in cui tutte le altre precedenti aggiudicatrici erano fallite in corso di svolgimento dello stesso.

Notificazione del ricorso. La controparte aveva cambiato sede e risultava difficile notificare il ricorso anche per l'irreperibilità del suo rappresentante legale. Era avvenuta, perfezionandosi, ex art. 143 cpc, presso la casa comunale dell'ultima residenza nota dell'uomo, sì che sono state respinte le eccezioni sul punto. Infatti in questi casi vigono le modalità stabilite dall'art. 145 cpc <<ossia mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa e nell'atto è indicata la persona fisica che rappresenta l'ente, si osservano, in applicazione del comma 3 del medesimo art. 145, le disposizioni degli art. 138, 139 e 141 c.p.c.; se neppure l'adozione di tali modalità consente di pervenire alla notificazione, si procede con le formalità dell'art. 140 c.p.c.>>. Se non è possibile effettuarla nemmeno all'indirizzo del rappresentante indicato nell'atto, in via residuale, sarà effettuata ai sensi dell'art. 143 cpc (Cass. nn. 19986/10 e 23212/09).

Giudizio di congruità dell'offerta economica. La stazione appaltante deve procedere obbligatoriamente << alla valutazione di congruità dell'offerta ove la stessa consegua un punteggio (sia in relazione all'offerta tecnica che in relazione a quella economica) non inferiore ai quattro quinti >> (art. 86 Dlgs 183/06, Codice degli appalti, cda). Può vagliarla facoltativamente quando <<ne ravvisi l'opportunità, di procedere allo scrutinio di sostenibilità economica dell'offerta risultata aggiudicataria, poiché tale fase rappresenta comunque una maggiore garanzia di affidabilità del buon esito della procedura di gara.>>. La norma, quindi, introduce un criterio discrezionale, <<espressione di un meccanismo di integrazione ex lege della lex specialis di gara >>, che può essere sempre esercitato qualora <<appaia anormalmente bassa (non dovendosi dunque prendere a parametro congiuntamente sia l'offerta economica che quella tecnica)>> (Tar Lazio sez. II n. 23768/10 e Lecce n. 790/10). È anche un parametro legale da cui ci si può discostare solo per

giustificate ragioni da provare dettagliatamente, che la ditta non ha fornito e, perciò, nulla può essere contestato alla Pa sotto questo aspetto.

Criteri di quantificazione del costo medio del lavoro. Il rapporto tra le ore non lavorate e la retribuzione del personale in sostituzione era apparso notevolmente più basso di quello indicato dalle relative tabelle ministeriali (retribuzione media), basate su valori fissati dalla contrattazione collettiva e dalle norme in materia. Non sono parametri inderogabili, << ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori così come stabilito in sede di contrattazione collettiva >> (Tar Roma sez. III n. 1598/06). In questi casi, ai sensi del combinato disposto degli art. 86 cda e 55 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, la ditta può provare << qualunque circostanza (di diritto e di fatto) che permetta la riduzione dei costi >>, tanto più che il lavoro ha un costo medio << suscettibile di oscillazioni in relazione ai benefici contributivi e fiscali di cui l'impresa può usufruire >> (art. 2 DM Lavoro del 16/6/05 e Tar Brescia sez. I n. 632/07). L'impresa ha legittimato la sua scelta, dimostrando, anche con una perizia, l'assenza di costi aggiuntivi << grazie alla disponibilità della manodopera il cui costo è già ammortizzato mediante l'espletamento di altri affidamenti, il quali essendo "spot" o su chiamata, consentono di impiegare tale personale anche al di fuori di quella specifica commessa cui sono dedicati >>.

Impossibilità d'impiego di manodopera di altre commesse. Il Tar, pur rilevando ciò, ha giudicato infondato il motivo e corretta la decisione dell'amministrazione. Infatti l'offerta è anomala e come tale deve essere esclusa: non è possibile una previsione *ex ante* del monte ore delle sostituzioni, poiché alcuni eventi sfuggono alla disponibilità della ditta e sono sottoposti a stime estremamente prudenziali (malattia, infortunio e maternità), né si può dimostrare un effettivo beneficio economico nell'ammortizzare *ex esterno* tale voce. Inoltre la giustificazione addotta è inammissibile, poiché fondata su << una non ragionevole prospettazione di economie aziendali dovute all'impiego non esaustivo di manodopera in altre commesse (unica circostanza che avrebbe consentito di economizzare il costo delle ore non lavorate dai parte dei 27 addetti stabili all'espletamento della commessa in oggetto) >>.

Discrezionalità della Commissione in sede di verifica. È ampia e fondata su ragioni tecnico-discrezionali. Ogni azienda che partecipa alla gara ha proprie caratteristiche economiche ed organizzative nel fornire una certa prestazione, che sono soggette a detto vaglio, sindacabile solo se palesemente illogico od irragionevole, non motivato o fondato su errori di fatto (CDS n.36/12 e Tar Napoli nn. 483/13, 3717/09) e se non ha dato atto degli << elementi di incongruità dell'offerta ritenuti insuperabili ai fini del giudizio di affidabilità della stessa (cfr. Tar Napoli, I, n. 483 del 2013) >>. Nulla si poteva rimproverare all'amministrazione di cui il G.A. ha confermato il corretto operato.

Informativa antimafia tipica ed atipica. L'art. 176 cda impone l'adozione di protocolli della legalità per evitare l'infiltrazione mafiose o della criminalità organizzata negli appalti pubblici e per creare una *withe list* (L. 190/12, cd. legge anticorruzione) di ditte virtuose cui attingere per l'affidamento di commesse e per la fornitura di servizi. Si devono, poi, privilegiare quelle che si dotano di un codice etico interno (Dlgs 231/01). In ogni caso è sottoposta al controllo antimafia ogni offerta inferiore alla soglia minima stabilita dall'art. 10 DPR 252/98. Recentemente i decreti di semplificazione e sviluppo (DL.70/11, L. 180/11 codice delle imprese e L. 35/12), antitrust (L. 27/12) hanno apportato importanti modifiche ed il DM Maroni n. 4610 del 13/6/12 ha stilato un elenco di settori sensibili per il quale deve essere effettuato tale controllo e le modalità della relativa procedura, riprese, poi, dalla L. 190/12, non applicabile, *ratione temporis*, al Tar Napoli n.898/13 (Scozzari, *L'informativa antimafia e la "Withe List"* e recentemente, *L'informativa antimafia sugli appalti dell'AVCP*, AG 483 sul sito del Senato). L'ente od il privato, prima di affidare un lavoro ad un'impresa, potranno chiedere tale certificazione al prefetto ai sensi del combinato disposto delle LL 575/65 e 55/90 (Rustica, *Le informazioni prefettizie antimafia: natura e criticità*). Esistono due tipi di informative, quelle << tipiche >>, sinora descritte, che hanno carattere vincolante ed

<<un'automatica efficacia interdittiva in ordine alla capacità della pubblica amministrazione a negoziare con il soggetto interessato >>. Quelle <<supplementari od atipiche>>, invece, sono <<atti endoprocedimentali, non dotati di efficacia immediatamente lesiva (cfr. sul punto Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza n.34 del 19.11.2012), non producendo l'esclusione automatica dalla gara (cfr. Consiglio Stato, Sezione V, 31.12.2007, n. 6902)>>, poiché l'ente destinatario <<conserva la potestà discrezionale di valutare autonomamente le informazioni ricevute, verificando l'idoneità morale del partecipante alla gara, ai fini dell'avvio o del prosieguo del rapporto contrattuale>>. Nella fattispecie era una comunicazione ex LL 726/82 e 486/88.

Criteri di adozione dell'informativa supplementare. Non essendo ancorata a parametri normativi, come le altre, può essere adottata anche in forza di <<elementi che costituiscono solo indizi – che comunque non devono costituire semplici sospetti o congetture prive di riscontri fattuali – utili ai fini della valutazione dell'idoneità morale del concorrente o atti a far denotare, comunque, il rischio di coinvolgimento con la criminalità organizzata.>>. Risulta, quindi, abbassata la soglia di autotutela rispetto alle tipiche: <<in definitiva, l'informativa supplementare o atipica non ha carattere interdittivo, ma consente l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la pubblica amministrazione>>.

Decisione del Tar sul punto. Durante il processo penale concluso, come detto, con l'assoluzione dei dirigenti della ditta erano emersi <<significativi elementi fattuali – con indubbi riflessi anche sulla posizione degli altri soggetti coinvolti (peraltro con imputazioni di minore consistenza) – che avrebbero richiesto una rinnovata valutazione da parte dell'autorità di p.s. ai fini della verifica circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure in tema di prevenzione antimafia>>. Ciò nonostante la prefettura aveva svolto un'istruttoria troppo sbrigativa e sommaria che aveva portato ad un'informativa atipica infondata e non adeguatamente motivata, tanto più che l'impresa aveva comunicato l'avvenuto proscioglimento alla Pa. Il Tar ha, quindi, condannato il comune ed il Ministero dell'interno, riassegnando la vittoria dell'appalto alla ricorrente.

Risarcimento danni da ritardata o mancata assegnazione per l'esclusione delle altre classificate. La terza sentenza lo analizza negandolo. Come detto l'impresa, giunta quarta, aveva impugnato l'assegnazione dell'appalto e lo stesso Tar con la sentenza n. 689/99 aveva accertato la sua illegittima esclusione, dopo che, però, l'appalto era già stato parzialmente eseguito dalla prima aggiudicataria. La ricorrente, tuttavia, non aveva gravato i <<due motivi assorbenti>> nei confronti delle altre concorrenti. Inoltre era impossibile prevedere la crisi che ha colpito la vincitrice e le altre ditte: non c'era una probabilità apprezzabile di presumere ex post <<per seconda e terza condizioni di esercizio ed opportunità di lavoro diverse da quelle in concreto verificatesi>>, semmai ciò doveva essere intuito ex ante, cosa altrettanto difficile.

La sua inerzia, la suddetta mancanza di nesso causale e l'assenza di <<un qualsiasi tentativo da parte ricorrente di una seria e documentata proiezione che, sulla base delle condizioni economico-gestionali delle 2 classificate intermedie, consenta - nonostante la loro posizione migliore in graduatoria – di configurare in capo alla ricorrente una reale perdita di “chance” di scorrimento in suo favore >> hanno convinto il Tar a respingere ogni sua pretesa di risarcimento, condannandola a pagare esose spese di lite.

N. 00881/2013 REG.PROV.COLL.

N. 04717/2011 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4717 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto
da:
...omisisis...

DIRITTO

Preliminarmente occorre vagliare l'integrità del contraddittorio, con riferimento alla validità della notifica nei confronti della controinteressata Euroservizi.

In fatto il ricorso introduttivo è stato notificato, senza successo, presso la sede legale dell'epoca (Napoli, Corso Umberto I, n. 90), con emissione del CAD immesso in cassetta in data 2.8.2011, mentre i motivi aggiunti sono stati spediti per la notifica il 24.11.2011, senza successo, sia presso la sede alla società presso la sede storica (Napoli, Corso Umberto I, n. 90), che presso la nuova sede risultante dalla visura camerale (Torino, via Vigone, n. 34).

Previa autorizzazione, i motivi aggiunti sono stati rinotificati alla società presso la nuova sede risultante dalla visura camerale (Torino, via Vigone, n. 34), nonché al legale rappresentante presso l'indirizzo ed, infine, presso la casa comunale nell'ultima residenza conosciuta ai sensi dell'articolo 143 c.p.c., onde deve ritenersi perfezionato il procedimento di notifica nei confronti di tale soggetto.

In tema di notificazione alle persone giuridiche (siano esse società di capitali o di persone), se la notificazione non può essere eseguita con le modalità di cui all'art. 145, comma 1, c.p.c. ossia mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o

alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa e nell'atto è indicata la persona fisica che rappresenta l'ente, si osservano, in applicazione del comma 3 del medesimo art. 145, le disposizioni degli art. 138, 139 e 141 c.p.c.; se neppure l'adozione di tali modalità consente di pervenire alla notificazione, si procede con le formalità dell'art. 140 c.p.c. (nei confronti del legale rappresentante, se indicato nell'atto e purché abbia un indirizzo diverso da quello della sede dell'ente; oppure, nel caso in cui la persona fisica non sia indicata nell'atto da notificare, direttamente nei confronti della società); ove neppure ricorrano i presupposti per l'applicazione di tale norma e nell'atto sia indicata la persona fisica che rappresenta l'ente (la quale tuttavia risulti di residenza, dimora e domicilio sconosciuti), la notificazione è eseguibile, nei confronti di detto legale rappresentante, ricorrendo, in via residuale, alle formalità dettate dall'art. 143 c.p.c. (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 3 novembre 2009 n. 23212 e Cassazione civile, sez. III, 21 settembre 2010 n. 19986).

Nel caso di specie, coincidendo l'indirizzo del legale rappresentante con quello della società, non occorre procedere con le forme di cui all'articolo 140 c.p.c., con conseguente perfezionamento del processo notificatorio mediante il deposito degli atti presso la casa comunale dell'ultima residenza conosciuta.

Nel merito la prima censura si rivela priva di fondamento.

Ed invero l'articolo 86 del codice dei contratti pubblici obbliga la stazione appaltante a procedere alla valutazione di congruità dell'offerta ove la stessa consegua un punteggio (sia in relazione all'offerta tecnica che in relazione a quella economica) non inferiore ai quattro quinti, circostanza pacificamente da escludere nel caso di specie.

Tuttavia la norma non impedisce alla stazione appaltante, ove ne ravvisi l'opportunità, di procedere allo scrutinio di sostenibilità economica dell'offerta

risultata aggiudicataria, poiché tale fase rappresenta comunque una maggiore garanzia di affidabilità del buon esito della procedura di gara.

Come noto, infatti, l'art. 86 del codice dei contratti pubblici, al terzo comma, stabilisce un criterio discrezionale, che consente alla Stazione appaltante di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (non dovendosi dunque prendere a parametro congiuntamente sia l'offerta economica che quella tecnica).

Tale potere di verifica dell'anomalia dell'offerta, al di fuori delle ipotesi di superamento della soglia, costituisce una facoltà dell'Amministrazione (T.A.R. Lazio, Sez. II, 8 luglio 2010, n. 23768), ed è esercitabile anche ove la norma non sia stata richiamata nel bando, essendo espressione di un meccanismo di integrazione ex lege della lex specialis di gara (T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 19 marzo 2010, n. 790).

Pertanto, nel caso di specie, la commissione ha deciso di procedere ad un approfondimento della congruità dell'offerta in base ad un elemento specifico, ossia la disamina delle giustificazioni fornite dalla società già in sede di presentazione dell'offerta, in coerenza con la lex specialis di gara.

Legittimamente, dunque, tale facoltà è stata esercitata dalla C.T.P..

Pertanto, ai fini della decisione della controversia, occorre verificare se il comportamento tenuto dalla Commissione di gara evidenzia profili di irrazionalità e di contraddittorietà del giudizio di anomalia dell'offerta.

Nel caso in esame, dunque, la verifica deve appuntarsi sulla ragionevolezza della motivazione esplicitata dalla stazione appaltante avverso la sostenibilità complessiva dell'offerta della SACOM, alla luce delle giustificazioni offerte. Al termine di un'articolata fase procedimentale in contraddittorio (cfr. verbali di gara n. 9 - 15) la stazione appaltante ha fondato il giudizio di incongruità in relazione alla voce dei costi del personale, poiché, mediante l'analisi delle ore non lavorate,

risultava una media di retribuzione oraria sensibilmente inferiore a quella prevista dalla apposite tabelle ministeriale (nello specifico a fronte di un costo orario tabellare pari a 15,05 euro ed ad un costo orario per le sostituzioni pari ad 11,39, mentre l'offerta della Sacom proporrebbe un costo medio orario per le sostituzioni pari a 6,40 euro).

L'aggiudicataria si è difesa sostenendo che il costo derivante dall'applicazione delle tabelle fise è stato ridotto in considerazione della peculiare organizzazione aziendale che consente di sfruttare, praticamente a costo zero, lavoratori impegnati in altre commesse non a tempo pieno.

È noto che nella valutazione della congruità delle offerte presentate nelle procedure di affidamento di servizi devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle apposite tabelle, periodicamente predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva e dalle norme in materia, i quali costituiscono non parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 02 marzo 2006 , n. 1598).

I valori previsti dalle apposite tabelle ministeriali relative al costo del lavoro negli appalti di servizi, dunque, non fissano criteri rigidi e perentori, tali da dar luogo, nel caso di mancato rispetto, all'esclusione automatica dell'offerta, dovendo per contro, in caso di sensibile scostamento, la stazione appaltante disporre la verifica delle anomalie ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006, in linea con il principio a codificato dall'art. 55 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE - secondo cui i concorrenti devono avere la possibilità di dimostrare in concreto qualunque circostanza (di diritto e di fatto) che permetta la riduzione dei costi.

D'altra parte lo stesso d.m. Lavoro 16 giugno 2005 precisa all'art. 2 che costo del lavoro è suscettibile di oscillazioni in relazione ai benefici contributivi e fiscali di cui l'impresa può usufruire (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 23 luglio 2007, n. 632).

Nel caso di specie, risulta dalla documentazione allegata che l'amministrazione, lungi dall'escludere immediatamente l'impresa ricorrente, ha richiesto a quest'ultima giustificazioni in ordine all'offerta presentata, con particolare riferimento all'indicazione del costo per la manodopera (che, come è noto, per tali tipologia di servizi costituisce una voce di costo importante).

In sede di contraddittorio la ricorrente ha sostanzialmente chiarito che le ore di sostituzione (vale a dire le ore utili a coprire le 507 ore all'anno teoricamente non lavorate secondo la tabella ministeriale) non comportano costi aggiuntivi per la concorrente grazie alla disponibilità della manodopera il cui costo è già ammortizzato mediante l'espletamento di altri affidamenti, il quali essendo "spot" o su chiamata, consentono di impiegare tale personale anche al di fuori di quella specifica commessa cui sono dedicati.

Solo mediante la documentazione allegata alla perizia depositata in atti, peraltro, la società ricorrente si premura di dimostrare analiticamente la disponibilità del numero del personale impiegato in altre commesse e la tipologia dei relativi affidamenti di servizi, evidenziando l'esubero di manodopera da reimpiegare nell'appalto in oggetto senza alcun costo aggiuntivo.

In diritto vale osservare che, con riferimento all'accertato scostamento dalle tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera, se è pacifico che queste, per alcune voci, espongono dati non inderogabili, è altrettanto pacifico che alle medesime è assegnata la funzione di parametro legale (art. 86, comma 3 bis, d. lgs. n. 163 del 2006, codice dei contratti pubblici).

Ciò comporta che lo scostamento dalle voci di costo che nelle tabelle ministeriali risultano derogabili in tanto può esser accettato, in quanto risulti puntualmente giustificato. Ed una tale dimostrazione deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alle cd. ore annue mediamente lavorate dal personale poiché tale dato coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi, per definizione, postulano stime particolarmente prudentiali.

Nel caso di specie la motivazione addotta dalla aggiudicataria, oltre a trovare una sua compiuta elaborazione nella inammissibile sede giurisdizionale, si basa su una non ragionevole prospettazione di economie aziendali dovute all'impiego non esaustivo di manodopera in altre commesse (unica circostanza che avrebbe consentito di economizzare il costo delle ore non lavorate dai parte dei 27 addetti stabili all'espletamento della commessa in oggetto).

Ancorché in sede di valutazione dell'anomalia ogni offerta debba essere presa in considerazione in base alle caratteristiche economiche ed organizzative di ciascuna impresa e delle condizioni di cui fruisce nell'effettuazione di una determinata prestazione, la valutazione effettuata dalla commissione non si palesa illogica o irragionevole, ferma restando l'insindacabilità nel merito della affidabilità della stessa.

È noto, in punto di diritto, che gli spazi riservati al Collegio ai fini della valutazione dell'operato dell'amministrazione risentano del peculiare carattere tecnico-discrezionale dell'operato della Commissione. Il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospettata di anomalia ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salve le ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (giurisprudenza

consolidata: cfr., ex aliis, Consiglio Stato, a.p., n. 36 del 29 novembre 2012, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2009 n. 497 e 20 maggio 2008 n. 2348; TAR Campania Napoli, Sez. I, 3 luglio 2009 n. 3717).

Pur volendo aderire all'assunto attoreo in punto di ammortizzabilità *ab externo* del costo per le unità lavorative aggiuntive, non risulta dagli atti del processo che le giustificazioni fornite in sede di gara contengano alcuna efficace dimostrazione della minore incidenza di tale costo sull'appalto in questione, in termini di numero di ore annue e di unità di personale.

In altre parole, essendo difficilmente ipotizzabile, a fronte di un nuovo impegno contrattuale, un apporto di personale proveniente da altri cantieri senza alcun onere economico aggiuntivo, la stazione appaltante non ha dato credito alle giustificazioni in merito, per quanto il costo in parola possa beneficiare di una sensibile decurtazione in virtù di un preesistente contesto organizzativo. Non sembra dunque irragionevole il giudizio di inaffidabilità di un'offerta che si fonda su di un costo per il personale totalmente sterilizzato, né la stazione appaltante è stata messa in condizione di comprendere da quale cantiere ed in forza di quale rapporto contrattuale sarebbe possibile ottenere il prestito "gratuito" di unità lavorative aggiuntive, posto che appare poco credibile (oltre che indice di scarsa efficienza organizzativa) la dedotta disponibilità gratuita di forza lavoro.

Pertanto, la valutazione di anomalia si presenta supportata da un corredo motivazionale sufficientemente rigoroso ed analitico, nel quale si sono ricostruiti i punti salienti dell'espletato contraddittorio procedimentale e si è dato conto degli elementi di incongruità dell'offerta ritenuti insuperabili ai fini del giudizio di affidabilità della stessa (cfr. Tar Napoli, I, n. 483 del 2013).

In base alle considerazioni esposte, le censure devono essere respinte, con compensazione delle spese di lite in virtù della complessiva evoluzione della procedura di gara e del relativo contenzioso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti, li rigetta. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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

N. 00898/2013 REG.PROV.COLL.

N. 02964/2012 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2964 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

...omissis....

DIRITTO

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità del provvedimento con cui il Comune di San Giuseppe Vesuviano ha disposto la decadenza del Consorzio *** dall'affidamento del servizio di gestione dei “*Centri polifunzionali per minori e centro antiviolenza*”, in precedenza aggiudicato allo stesso, nonché delle informative, in epigrafe individuate, emesse dal Prefetto di Napoli e dal Prefetto di Caserta (la seconda gravata con motivi aggiunti), ai sensi dell'art.1 *septies* del D. L. n.629 del 1982.

Il ricorso è fondato.

2. Giova premettere che, come chiarito dalla giurisprudenza, anche di questa Sezione (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sezione I, 7.7.2011 n. 3622 e 28.2.2005 n. 1319; Consiglio di Stato, Sezione VI, 28.4.2010 n. 2441 e 11 dicembre 2009 n. 7777), a differenza dell'informativa cd. tipica (resa in base all'art. 4 del d. lgs. n. 490 del 1994 ed all'art. 10 del d.P.R. n. 252 del 1998) – la quale ha carattere vincolante per le stazioni appaltanti ed automatica efficacia interdittiva in ordine alla capacità della pubblica amministrazione a negoziare con il soggetto interessato – nel caso dell'informativa c.d. supplementare o atipica (emessa, come nella fattispecie in esame, ex art. 1 *septies* del d. l. n. 629 del 6 settembre 1982, convertito nella legge 12 ottobre 1982, n. 726, aggiunto dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988, n. 486),

l'amministrazione destinataria conserva la potestà discrezionale di valutare autonomamente le informazioni ricevute, verificando l'idoneità morale del partecipante alla gara, ai fini dell'avvio o del prosieguo del rapporto contrattuale.

Le informative del genere di quelle per cui è causa rappresentano, infatti, atti endoprocedimentali, non dotati di efficacia immediatamente lesiva (cfr. sul punto Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza n.34 del 19.11.2012), non producendo l'esclusione automatica dalla gara (cfr. Consiglio Stato, Sezione V, 31.12.2007, n. 6902). Va poi osservato che, sotto il profilo del grado di approfondimento probatorio necessario alla loro adozione, non essendo le medesime ancorate a parametri predeterminati normativamente, può ben darsi rilievo ad elementi che costituiscono solo indizi – che comunque non devono costituire semplici sospetti o congetture prive di riscontri fattuali – utili ai fini della valutazione dell'idoneità morale del concorrente o atti a far denotare, comunque, il rischio di coinvolgimento con la criminalità organizzata. Le stesse rappresentano, quindi, una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa a fronte di possibili ingerenze criminali nella propria attività. In definitiva, l'informativa supplementare o atipica non ha carattere interdittivo, ma consente l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la pubblica amministrazione.

3. Tanto premesso e passando all'odierna controversia, ad avviso del Collegio meritano accoglimento le censure – come precisate nel ricorso per motivi aggiunti a seguito dell'ostensione degli atti istruttori e dell'ulteriore informativa sfavorevole resa dalla Prefettura di Caserta – di difetto dei presupposti, carenza di istruttoria e di motivazione mosse sia nei confronti dell'operato degli organi periferici del Ministero dell'Interno che della stazione appaltante.

3.1. Giova premettere che entrambe le informative prefettizie fanno riferimento alla medesima vicenda, relativa alla gestione di beni confiscati all'organizzazione camorristica facente capo alle famiglie Lubrano-Ligato, che ha visti coinvolti, tra gli altri, G.M., già Sindaco del Comune di Pignataro Maggiore (CE), imputato del più grave delitto di associazione di tipo mafioso ex art.416 bis, a titolo di concorso (cd. esterno), e G. C e A. D.A., nella qualità di Presidente e vice Presidente del Consorzio *** (cariche dalle quali si sono dimessi in data 22 marzo 2011), questi ultimi accusati dei reati previsti dagli artt. 328 (omissione o rifiuto di atti di ufficio), 476 e 479 c.p. (rispettivamente, falsità materiale e falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici), con l'aggravante ex art.7 L. 203/1991 (ossia l'aver agito al fine di agevolare l'attività della predetta associazione criminale). Nelle segnalazioni delle autorità di p.s., pur rilevandosi che gli elementi accertati non hanno di per sé efficacia interdittiva, si riportato alcune affermazioni testuali contenute nell'ordinanza n.155 dell'8.3.2011 pronunciata dal G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, ove si censura l'operato degli amministratori del Consorzio, i quali avrebbero tenuto un comportamento di "*totale inerzia*" con riguardo ai beni immobili confiscati assegnati in gestione, consentendo così al clan di camorra di continuare a ricavare delle rendite dagli stessi.

3.2. Tanto premesso, va precisato anzitutto che, con la menzionata ordinanza n.155/2011, il G.I.P. non solo ha ritenuto sussistenti le esigenze cautelari unicamente nei confronti del primo cittadino di Pignataro Maggiore, con conseguente applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, rigettando per il resto la richiesta del P.M., ma ha anche formulato alcune considerazioni di merito (alle pagine 52-53) sulla non riconducibilità della condotta degli amministratori del Consorzio *** alle fattispecie delittuose loro contestate (omissione di atti d'ufficio, falsità materiale ed ideologica). Ciò posto, risulta poi dirimente osservare che, con sentenza n.1069/12 del G.U.P. - Ufficio 3 - del

Tribunale di Napoli, pronunciata all'udienza del 20 febbraio 2012 – dunque anteriormente alle suddette note prefettizie – G. M. è stato assolto dall'imputazione a lui ascritta perché “*il fatto non sussiste*”. L'istruttoria svolta ha mancato di riscontrare l'anzidetta rilevante circostanza documentata dalla parte ricorrente, circostanza che, ad avviso del Collegio, assume sicura valenza ai fini di una completa ricostruzione dell'intera vicenda. Dalla lettura della pronuncia emergono, infatti, significativi elementi fattuali – con indubbi riflessi anche sulla posizione degli altri soggetti coinvolti (peraltro con imputazioni di minore consistenza) – che avrebbero richiesto una rinnovata valutazione da parte dell'autorità di p.s. ai fini della verifica circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure in tema di prevenzione antimafia.

Il difetto di adeguata istruttoria affligge, a maggior ragione, l'informativa emessa dalla Prefettura di Caserta in data 19 giugno 2012, atteso che il ricorrente, con istanza di aggiornamento, aveva reso edotta l'amministrazione dell'intervenuta sentenza di proscioglimento. Invero, pur avendo il G.I.A., nella seduta del 14 maggio 2012, come da verbale, reputato “*di verificare lo stato del procedimento a carico dei predetti*” ex amministratori del Consorzio, e nella successiva riunione del 7 giugno 2012, acquisito i certificati dei carichi pendenti dai quali “*allo stato, nulla risulta*”, nondimeno ha sbrigativamente e contraddittoriamente proposto l'emissione dell'informativa atipica, senza effettuare alcuna ulteriore valutazione delle risultanze processuali.

4. La carente istruttoria posta a base dell'informativa resa dalla Prefettura di Napoli si riverbera inevitabilmente anche sul provvedimento emesso, in data 22 maggio 2012, dal Comune di San Giuseppe Vesuviano sul suo presupposto.

A fronte dell'incompletezza del quadro indiziario segnalato e della mancanza di ulteriori concreti

elementi atti a lumeggiare il pericolo di condizionamenti da parte della criminalità organizzata, la stazione appaltante ha per ciò solo illogicamente desunto il venir meno del rapporto fiduciario con l'appaltatore e direttamente disposto la risoluzione dell'aggiudicazione. Invero, in virtù della peculiare conformazione dell'informativa supplementare o atipica, sopra delineata, la valutazione discrezionale della stazione appaltante trova un suo riequilibrio in una più rigorosa disamina delle ragioni sostanziali poste a fondamento della segnalazione da condurre anche in rapporto agli altri interessi coinvolti, che non risultano in alcun modo presi in considerazione.

4.1. Né vale in contrario obiettare che la caducazione del rapporto contrattuale discenderebbe, come esito vincolato, dal Protocollo di legalità stipulato in data 29.6.2007. Si è già detto, infatti, che l'informativa atipica è istituto non direttamente previsto dalla legge, che richiede una delicata valutazione caso per caso, per cui non sarebbe logico introdurre una sorta di automatismo a fronte di una siffatta segnalazione prefettizia, che necessita in ogni caso di un adeguato vaglio critico da estrinsecare attraverso una congrua motivazione (cfr., in termini, T.A.R. Campania, Napoli, Sezione I, 3 maggio 2006, n. 3910). Invero, come condivisibilmente rilevato dal Giudice d'appello, *“una risoluzione automatica non può che derivare da fattispecie puntualmente definite dal legislatore, ipotesi che, in quanto tali, consentono di ritenere (con ragionevolezza) vincolata l'attività dell'amministrazione e che, imponendosi come factum principis, legittimano la risoluzione del rapporto contrattuale.”* (Consiglio di Stato, Sezione VI, 4 luglio 2011 n.3999).

In conclusione, nella specie, alla luce delle coordinate interpretative sopra illustrate, la valutazione rimessa alle cure dell'ente locale non risulta congruamente effettuata e si palesa affetta, pertanto, dai denunciati vizi di difetto dei presupposti e carenza di motivazione.

5. Tanto è sufficiente per accogliere la domanda impugnatoria, restando assorbiti i motivi non scrutinati, con ampia salvezza, peraltro, degli ulteriori provvedimenti di competenza delle rispettive autorità amministrative.

In virtù della natura e della delicatezza della vicenda contenziosa, sussistono, peraltro, giusti e particolari motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio, fatto salvo il contributo unificato, che resta in parti uguali a carico delle amministrazioni soccombenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, fatto salvo il contributo unificato, che va posto a carico delle amministrazioni soccombenti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 6 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Michele Buonauro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2013

IL SEGRETARIO

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

N. 00110/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00109/2001 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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

..omissis...

FATTO e DIRITTO

La ricorrente Società Cooperativa Sociale *** chiede il risarcimento del danno asseritamente patito a causa della illegittima mancata esclusione della prima classificata dalla gara indetta dal Comune di Castel San Pietro per affidamento di servizi socio/assistenziali presso la Casa Protetta Comunale. La illegittimità della mancata esclusione e della aggiudicazione è stata accertata con sentenza 638/99 di questo T.A.R., ma il servizio era già stato eseguito dalla *** in virtù di ordinanza cautelare 1358/95 del Consiglio di Stato, che negava la cautela già concessa dal T.A.R. . Il Comune eccepisce difetto di legittimazione per mancanza di comprovata identità o successione tra originaria concorrente e odierna ricorrente, aventi diversa forma e ragione sociale e perché concorrente era un RTI, mentre oggi ricorre la sola *** che ne faceva parte, senza offrire elementi per il riparto del danno in

proporzione alle quote di esecuzione dell'appalto, nonché infondatezza in relazione alla posizione di *** in graduatoria (quarta).

La manifesta infondatezza del ricorso esime il Collegio dall'esame delle pregiudiziali.

*** fu quarta (4°) classificata ed ottenne l'esclusione soltanto della prima (mentre seconda e terza fallirono nelle more del giudizio), per cui manca il nesso di causalità rispetto alla mancata aggiudicazione a ***.

La ricorrente non ha mai impugnato la sentenza 638/99 in punto all'assorbimento dei motivi dedotti avverso seconda e terza classificata, che al momento (21.11.95) dell'affidamento definitivo ad *** (intervenuto dopo l'assunzione diretta da parte del Comune nelle more della cautela concessa dal T.A.R. e revocata dal Consiglio di Stato) erano ancora in attività (cfr. produzioni nn. 17 e 18 del Comune dalle quali risulta documentalmente quanto sopra);

Pertanto non c'è dubbio che aggiudicataria sarebbe stata la seconda, salvo verifica negativa dei requisiti (di capacità economica o altri) che la ricorrente avrebbe l'onere di dimostrare ora per allora), e che essa avrebbe dato esecuzione all'appalto, salvo abbandonarlo in corso al momento della cessazione di attività, ma nulla consente di ritenere e dare per scontato che sarebbe stata ugualmente (commisariata e poi) posta in liquidazione il successivo 10.5.96, pur avendo acquisito l'affidamento.

Lo stesso dicasi, in caso di ulteriore scorrimento, per la terza classificata.

Per cui in definitiva, la esclusione della prima (***) avrebbe anzitutto determinato l'affidamento alla seconda (***), e solo in mera ipotesi subordinata alla impossibilità di esecuzione da parte di questa, l'affidamento alla terza (la Samaritana), e solo in ulteriore ipotesi l'affidamento a ***, con un grado di probabilità per quest'ultima che non sembra ricostruibile "ex post" ipotizzando per seconda e terza condizioni di esercizio ed opportunità di lavoro diverse da quelle in concreto verificatesi.

Manca, quindi il nesso di causalità diretta e immediata, secondo un ragionevole criterio di prevedibilità, tra la mancata esclusione di *** e il mancato affidamento a ***.

Ma manca anche un qualsiasi tentativo da parte ricorrente di una seria e documentata proiezione che, sulla base delle condizioni economico-gestionale delle 2 classificate intermedie, consenta - nonostante la loro posizione migliore in graduatoria – di configurare in capo alla ricorrente una reale perdita di “chance” di scorrimento in suo favore.

Dunque il ricorso va respinto siccome infondato.

Spese secondo soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), Bologna, pronunciando in via definitiva sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00) in favore del Comune di Castel San Pietro, oltre I.V.A. e C.P.A. di legge.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Alberto Pasi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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