

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE UMBRIA - PERUGIA, SEZIONE 1
SENTENZA 9 MARZO 2018, N. 168
DATA UDIENZA 13 FEBBRAIO 2018

INTEGRALE

APPALTI - PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELL'ANOMALIA - PRINCIPIO DEL PIENO CONTRADDITTORIO -
STRUTTURA MONOFASICA (GIUSTIFICAZIONE-CHIARIMENTI) - CONFRONTO DIALETTICO DOPO LA
PRESENTAZIONE DELLE GIUSTIFICAZIONI

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria

Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 441 del 2017, proposto da:

██████████, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati ██████████
██████████, con domicilio eletto presso lo studio ██████████ in Perugia, corso (...);

contro

██████████ s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato ██████████, con
domicilio eletto presso lo studio ██████████ in Perugia, via (...);

nei confronti di

██████████ s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato ██████████, con
domicilio eletto presso lo studio ██████████ in Perugia, via (...);

per l'annullamento

previa sospensiva

- della deliberazione n. 140 del 12.10.2017 di ██████████ s.p.a. di aggiudicazione del servizio di spazzamento
stradale nei Comuni di Terni e Narni all'impresa ██████████ s.r.l., comunicata a ██████████ Società Cooperativa in data
16.10.2017;

- del provvedimento di ██████████ s.p.a. avente per oggetto "ammessi/esclusi in esito alla verifica dei requisiti"
dd. 16.10.2017, nella parte in cui dichiara "ammessa" l'impresa ██████████ s.r.l.;

- del verbale di verifica delle offerte anormalmente basse del 21.9.2017;

- di ogni altro atto e/o provvedimento diverso/i da quello/i sopra citato/i e/o comunque presupposto/i,
successivo/i, conseguente/i e, comunque, connesso/i a quello impugnato ed anche non noto/i, ivi compreso
l'eventuale verbale di consegna in via di urgenza, nelle more della stipula del contratto;

e per la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto stipulato con la controinteressata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'██████████ s.p.a. e di ██████████ s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2018 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta indetta da ██████████ s.p.a., ai sensi del D.lgs. 50 del 2016, inerente l'affidamento mediante accordo quadro del servizio di spazzamento stradale nei Comuni di Terni e Narni con importo a base d'asta di 2.516.325 euro, criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (40 punti offerta tecnica - 60 punti prezzo) e durata di due anni con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni.

La cooperativa ██████████ che è anche gestore uscente, è giunta seconda, ottenendo 36,70 punti per offerta tecnica contro i 40 della controinteressata ██████████ s.r.l., e 32,84 per l'offerta economica contro i 60 della ██████████.

Nel rispetto dell'art. 97 c. 3, D.lgs. 50/2016 avendo la prima classificata superato i 4/5 dei punteggi massimi attribuibili, il RUP ha avviato il 12 luglio 2017 il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Ti. s.r.l.

Previo esame delle giustificazioni e della documentazione fornite a più riprese dalla controinteressata, in data 21 settembre la stazione appaltante ha concluso il suddetto sub procedimento ritenendo la relativa offerta congrua ed adeguata alla sostenibilità del servizio.

Con deliberazione n. 140 del 12 ottobre 2017 l'ASM ha aggiudicato in via definitiva l'affidamento del servizio alla Ti. Servizi s.r.l.

Con l'intestato ricorso la cooperativa ██████████ ha impugnato il suddetto provvedimento di aggiudicazione definitiva unitamente agli atti e verbali del sub procedimento di anomalia deducendo articolate censure, così riassumibili:

I. Violazione artt. 97 e 23, comma 16, D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 10, Capitolato. Violazione art. 97, Cost. e violazione del principio di economia procedimentale e non aggravio della procedura di gara. Violazione art. 3, L. 241/1990 per mancanza di motivazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e per motivazione parziale ed incompleta del subprocedimento di verifica di anomalia: l'offerta della Ti. risulterebbe anomala perché non verrebbero rispettati i minimi salariali fissati dalle tabelle ministeriali di riferimento: nella fattispecie il costo medio orario offerto sarebbe di 17,59 euro (cioè il costo totale di € 799.766,03 poi diviso per le ore indicate e cioè 45.448) mentre quello delle tabelle in vigore dal 1 agosto 2017 superiore a 20 euro; laddove la stazione appaltante avesse solamente correttamente diviso il costo per il numero delle ore indicate - confrontandole con le risultanze delle tabelle ministeriali relative al CCNL che la medesima ASM ha richiesto espressamente nel capitolato tecnico - si sarebbe avveduta della palese violazione; anomalo sarebbe anche il modus procedendi osservato dalla stazione appaltante perché si sarebbero consentite troppe precisazioni invertendo l'onere della prova, poiché ai sensi dell'art. 95 c. 5 D.lgs. 50/2016 il procedimento sarebbe bifasico e non più trifasico come nel precedente Codice del 2006;

II. Violazione di legge: violazione art. 97, D.Lgs. 50/2016 sotto altro profilo. Violazione di legge: violazione art. 3, L. n. 241/1990 per carenza di motivazione. Violazione dei principi generali in materia di "serietà" dell'offerta prodotta. Eccesso di potere per carenza di effettiva istruttoria, violazione della "par condicio" per mancata esclusione di offerta anomala: sarebbero stati sottostimati in sede di sub procedimento di anomalia

anche altri costi in particolare quello per l'acquisto dei mezzi e relativa manutenzione, nonché per i materiali di consumo.

Chiede altresì la ricorrente il subentro nell'aggiudicazione previa dichiarazione di inefficacia del contratto "medio tempore" stipulato.

Alla camera di consiglio del 5 dicembre 2017 con ordinanza n. 201/2017 è stata accolta la domanda incidentale cautelare "attesa la mancata indicazione nel sub procedimento di anomalia delle categorie professionali da impiegarsi nell'esecuzione del servizio oggetto di gara onde ricavare i livelli retributivi ed i corrispondenti minimi salariali da raffrontare alle vigenti tabelle ministeriali di cui all'art. 97 comma 5, lett. d) del D.lgs. 50/2016".

Si è costituita in giudizio la controinteressata [REDACTED] s.r.l. eccependo l'infondatezza di tutte le doglianze ex adverso dedotte, poiché in sintesi:

- la ricorrente non avrebbe tenuto in considerazione le peculiarità dell'istituto dell'accordo quadro non conseguendo dall'aggiudicazione ai sensi dell'art. 54 D.lgs. 50/2016 e della lex specialis alcun obbligo di fornitura del servizio;
- la gara sarebbe congegnata quale equivalente di appalto a misura o "a produttività" essendo previsto quale valore di riferimento per la valutazione dell'offerta il costo a chilometro, non facendosi mai riferimento negli atti di gara alle ore stimate di manodopera;
- non sarebbe decisivo il livello di inquadramento posseduto dal personale precedentemente adibito allo svolgimento del servizio in forza della prevista clausola sociale, non essendo cogente per l'aggiudicataria il mantenimento del relativo livello di inquadramento, dipendendo esso dalle autonome scelte organizzative dell'impresa subentrante;
- la cooperativa ricorrente prenderebbe erroneamente come parametro per il costo del personale il livello "A" del CCNL di riferimento ovvero quello più alto e con il maggior costo orario;
- i costi per la manutenzione terrebbero conto dell'impiego di mezzi nuovi quindi in garanzia e con bassi costi manutentivi;
- la piena legittimità dell'operato della stazione appaltante anche sotto il profilo strettamente procedimentale, dovendosi garantire sia nel regime antecedente che in quello vigente il pieno contraddittorio con l'impresa la cui offerta è sospettata di anomalia.

Si è costituita anche l'[REDACTED] s.p.a, eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della lex specialis nella parte in cui l'azienda si è attenuta alla valutazione delle offerte; nel merito ha evidenziato in sintesi argomentazioni in parte analoghe a quelle svolte dalla controinteressata, rilevando in particolare la non assolutezza dei costi medi della manodopera indicati nelle tabelle ministeriali, ben suscettibili di scostamento in sede aziendale, oltre alla possibilità per l'aggiudicataria di far fronte ad eventuali maggiori costi per mezzo dell'utile di 33.200,00 euro derivante dall'esecuzione del contratto.

Con memoria ex art. 73 cod proc. amm. parte ricorrente ha replicato alle eccezioni delle controparti, in sintesi rilevando:

- come indicato negli stessi atti di gara (art. 10 CSA) il servizio è "ad alta densità di manodopera" non potendosi dunque non attribuire rilevanza al costo del personale, non essendo previsto per l'accordo quadro alcuna deroga rispetto alla disciplina prevista per le altre procedure di affidamento;
- si contesta con il ricorso la superficialità e l'assenza di approfondimenti in sede di sub procedimento di anomalia nonostante la tipologia di appalto si da rendere superflua ogni impugnativa del bando;

- quanto ai livelli di inquadramento del personale, l'applicazione della prevista clausola sociale comporterebbe l'effetto del mantenimento del pregresso inquadramento, ovvero quello "A" e non quello "B" ex adverso sostenuto.

Ha altresì depositato relazione di consulente del lavoro di fiducia atto a dimostrare l'incongruenza dei costi del personale indicati nell'offerta.

All'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2018, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. - E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione disposta da █████ s.p.a. con provvedimento n. 140 del 12 ottobre 2017 dell'affidamento mediante accordo quadro del servizio di spazzamento stradale nei Comuni di Terni e Narni con importo a base d'asta di 2.516.325 euro, criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (40 punti offerta tecnica - 60 punti prezzo) e durata di due anni con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni.

Lamenta la cooperativa ricorrente l'illegittimità del giudizio di congruità espresso dalla stazione appaltante dell'offerta della █████ s.r.l. nel sub procedimento di anomalia, con particolare riferimento al mancato riscontro circa il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalle tabelle ministeriali. A suo dire, in considerazione anche dell'obbligo di riassorbimento del personale del gestore uscente in virtù della prevista clausola sociale, sarebbe del tutto ingiustificato quanto asserito per la prima volta in giudizio dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata circa un ipotizzato minor costo derivante dall'inquadramento del personale nel livello più basso "B", dovendosi invece garantire il livello medio "A" trattandosi di dipendenti in possesso di anzianità di servizio.

Di contro █████ e █████ s.r.l. sostengono che tramite il particolare istituto dell'accordo quadro la gara sarebbe chiaramente delineata prendendo quale valore di riferimento per la valutazione dell'offerta il solo costo a chilometro, non facendosi mai riferimento negli atti di gara alle ore stimate di manodopera; ad ogni modo non vi sarebbe alcuna violazione del costo medio desumibile dalle tabelle ministeriali sia perché esse risulterebbero comunque derogabili sia perché gli oneri derivanti dall'applicazione della clausola sociale devono essere necessariamente armonizzati con le esigenze organizzative dell'impresa, si da non imporre il mantenimento dei livelli di inquadramento del personale alle dipendenze del gestore uscente.

3. - Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse.

Lamenta esclusivamente la cooperativa █████ profili di inadeguatezza delle verifiche effettuate dalla stazione appaltante dell'anomalia dell'offerta, con particolare riferimento alla componente relativa ai costi del personale, si da rendere l'offerta complessivamente inattendibile, senza che vengano in questione eventuali clausole lesive del bando, ragione per cui non può disconoscersi l'interesse - seppur di tipo strumentale - all'impugnativa consistente nel possibile conseguimento dell'aggiudicazione all'esito della ripetizione del sub procedimento di anomalia, ove l'offerta della █████ fosse concretamente ritenuta anomala.

4. - Nel merito il ricorso è fondato e va accolto.

5. - Non meritano anzitutto accoglimento le censure di carattere procedimentale circa l'"eccesso" di contraddittorio provocato dall'aver la stazione appaltante più volte rinnovato la richiesta di chiarimenti, non essendo a suo dire ciò più consentito dall'art. 97 c. 5, del D.lgs. 50 del 2016 e costituendo un inutile aggravio procedimentale.

Nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia vale infatti il principio comunitario del pieno contraddittorio successivo alla presentazione delle offerte, oggi codificato dall'art. 69 della Direttiva 2014/24, secondo cui la partecipazione al procedimento consente alla stazione appaltante di ottenere ogni utile chiarimento in ordine al contenuto della documentazione prodotta (ex multis T.A.R. Toscana, sez. I, 26 marzo

2009, n. 507; C.G.U.E. 27 novembre 2001, CC-285-286/99) si da non impedire la reiterazione della richiesta ove necessario.

Ciò vale anche per le gare governate dall'applicazione del nuovo Codice approvato con D.lgs. 50/2016, laddove la struttura apparentemente monofasica del contraddittorio (giustificazione - chiarimenti) e non trifasica (giustificazione - chiarimenti - contraddittorio) va letta in conformità ai suesposti principi, si da non impedire una ulteriore fase di confronto dialettico dopo la presentazione delle giustificazioni, specie allorquando come nel caso di specie appaiono di dubbia congruità alcune rilevanti componenti dell'offerta e vi sia contestazione da parte dei concorrenti.

6. - Meritano invece adesione le censure di violazione dell'art. 97 D.lgs. 50/2016 nonchè di eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione di cui al I motivo di gravame.

6.1. - Come noto nelle gare pubbliche il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospetta di anomalia, ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, con irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento; esso non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, essendo invero finalizzato ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e, dunque, se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto, rilevando che l'offerta nel suo complesso appaia "seria" (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4765; Id., sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; Id. sez. V, 27 agosto 2014, n. 4368; Id., sez. III, 9 luglio 2014, n. 3492; Id., sez. IV., 23 luglio 2012, n. 4206; Id. sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090; Id., sez. VI., 24 agosto 2011, n. 4801; T.A.R. Puglia, Bari sez. I, 8 marzo 2012, n. 506) ed ammettendosi in caso di giudizio positivo la motivazione "per relationem" (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 27 luglio 2017, n. 3702).

6.2. - Tanto premesso, la gara d'appalto per cui è causa attiene all'affidamento di servizi ad alta densità di manodopera, ai sensi dell'art. 50 del D.lgs. 50/2016, come stabilito dallo stesso art. 10 del Capitolato speciale, essendo il costo del personale pari ad almeno il 50 per cento dell'importo totale del contratto, dunque indubbiamente rilevante nell'economia dell'affidamento e nell'ambito dello stesso giudizio di anomalia.

Il rinvio operato dall'art. 97, comma 5, lett. a) D.lgs. n. 50/2016 all'art. 30, comma 3, implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta. Con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso; in ciò sostanziandosi il "novum" rispetto alla pregressa disciplina. Da un esame testuale e sistematico emerge, invero, che la ratio del nuovo codice è chiaramente orientata per il rigoroso rispetto dei diritti minimi laddove involgano i primari interessi ambientali, sociali e lavoristici (ex multis T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 15 dicembre 2016, n. 1315).

D'altronde il comma 6 del citato art. 97 del D.lgs. 50/2016 esclude tassativamente che la stazione appaltante possa ammettere giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzati dalla legge mentre il comma 5 autorizza espressamente la stazione appaltante ad escludere l'offerta se accerta all'esito del contraddittorio con il concorrente interessato, che la stessa è anormalmente bassa in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 c. 16.

6.3. - L'obbligo inderogabile della stazione appaltante di verificare il rispetto dei minimi tabellari non è stato invece assolto nel caso di specie, non avendo l'ASM svolto i necessari approfondimenti in merito al costo del personale indicato dalla controinteressata rispetto alle ore presunte, limitandosi del tutto acriticamente a prendere atto del costo complessivo indicato in 799.766,24 euro, pur in presenza di contestazioni messe a verbale dal rappresentante della ricorrente già nella seduta della Commissione giudicatrice del 12 luglio 2017.

Era tra l'altro preciso onere dell'Amministrazione verificare in contraddittorio con l'aggiudicataria anche la rilevanza della prevista clausola sociale sul costo del lavoro, verificando gli inquadramenti del personale da assorbire dal gestore uscente, pur nel contemperamento delle esigenze organizzative dell'impresa aggiudicataria ritenuto doveroso dalla giurisprudenza (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079) valutando la possibilità o meno di derogare ai livelli retributivi.

Ti. s.r.l. si è invece limitata ad indicare nei giustificativi una razionalizzazione del servizio mediante integrazione tra dipendenti dell'ASM e della ■■■ non comprovate da elementi concreti, quali - del tutto indicativamente - vantaggi fiscali o economie dovute al basso tasso di malattia del personale, utilizzo del personale proveniente dalla cooperativa ■■■ in altri servizi ecc.

6.4. - Tale mancata verifica non può secondo il Collegio giustificarsi in relazione alla tipologia di affidamento mediante accordo quadro né tantomeno ai criteri di valutazione dell'offerta stabiliti dalla lex specialis.

Le esigenze di semplificazione e programmazione alla base di un accordo quadro, come oggi definito dall'art. 3 lett. iii) del D.lgs. 50/2016, non consentono in alcun modo deroghe alla disciplina in materia di appalti pubblici (C.G.U.E. 4 maggio 1995 C-79) né tantomeno al citato art. 97 in tema di inderogabilità del costo del lavoro. La congruità e sostenibilità economica dell'offerta deve sussistere a prescindere dagli effettivi ordini attuativi che la stazione appaltante vorrà adottare nel corso dell'esecuzione dell'accordo quadro.

Anche la circostanza secondo cui l'inoppugnata disciplina di gara preveda quale valore di riferimento per la valutazione dell'offerta il solo costo chilometrico non esime certo la stazione appaltante dall'onere di verificare, in ipotesi di sospetto di anomalia, il doveroso rispetto dei trattamenti salariali minimi, a fortiori trattandosi di appalto ad alta densità di manodopera.

Non si fa cioè questione della inderogabilità o meno dei valori risultanti dalle tabelle ministeriali, bensì della mancata verifica da parte della stazione appaltante del costo del lavoro quale rilevante componente dell'offerta, verifica che - ove effettuata - può evidentemente condurre in presenza di idonee giustificazioni ad escludere l'anomalia (ex multis T.A.R. Lazio, Roma sez. I, 30 dicembre 2016, n. 12873).

6.5. - D'altronde deve condividersi quanto lamentato dalla ricorrente in merito al tentativo di irrituale integrazione postuma della motivazione effettuata dall'ASM, non potendo quest'ultima pretendere di sopperire alle lacune del giudizio di anomalia con valutazioni addotte per la prima volta nell'ambito del giudizio attraverso mere memorie difensive (ex multis T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 11 luglio 2017, n. 8243; T.A.R. Veneto, sez. I, 11 marzo 2010, n. 768; T.A.R. Sicilia, Catania sez. IV, 29 marzo 2012, n. 900).

6.6. - Il mezzo di gravame è dunque fondato, inficiando tal mancata verifica del costo del lavoro il giudizio di congruità nel suo complesso in considerazione della rilevanza di tal componente dell'offerta sul valore complessivo del contratto.

7. - Tanto premesso, non potendosi l'adito Tribunale sostituirsi alla stazione appaltante in tale verifica, espressione di tipica discrezionalità tecnica, in accoglimento del ricorso va disposto l'annullamento dell'impugnata aggiudicazione e del sub procedimento di anomalia, disponendosi il rinnovo di tal fase procedimentale, nel rispetto dei criteri di cui in motivazione, fermo restando l'impossibilità per l'impresa Ti. di precisare e sostanzialmente cambiare, attraverso la produzione di chiarimenti o documenti, elementi costitutivi dell'offerta, oggetto di valutazione e attribuzione di punteggio.

8. - Deve invece essere respinta allo stato la conseguenziale domanda di tutela in forma specifica e di risarcimento danni.

In presenza di annullamento per vizi di natura "formale" dell'aggiudicazione, nella fattispecie difetto di adeguata istruttoria e di motivazione, con salvezza del rinnovo della verifica di anomalia, la prova della

spettanza dell'aggiudicazione nonché della sussistenza di un danno risarcibile può essere raggiunta solo all'esito del rinnovo delle operazioni di verifica ove risulti che l'offerta dell'aggiudicataria era effettivamente anomala e che all'impresa ricorrente andava aggiudicato l'appalto (in termini Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 751).

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, in considerazione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria

Sezione Prima,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati ai fini del doveroso riesame, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza - Presidente

Paolo Amovilli - Consigliere, Estensore

Enrico Mattei - Primo Referendario