

N. 00363/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01559/2010 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1559 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cooperativa Sociale Polima, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Enoch, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesca Mastroviti in Torino, via Schina, 15;

contro

Comune di Peveragno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandra Golinelli, Piero Golinelli e Gianni Martino, con domicilio eletto presso il loro studio in Torino, via Stefano Clemente, 22;

nei confronti di

Dolmen s.c.s. e Consorzio Nuovi Orizzonti, rappresentati e difesi dagli avv. Enrico Collidà e Nicola Salvini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nicola Salvini in Torino, via Susa, 42;

per l'annullamento

del provvedimento di cui alla nota n. prot. 0013014 del 17.11.2010, con il quale il Comune di Peveragno ha disposto l'esclusione della Cooperativa ricorrente dalla gara per l'affidamento della gestione *global service* della Casa di Riposo Comunale "D.G. Peirone";

del provvedimento di cui alla nota n. prot. 0013631 dell'1.12.2010, con il quale è stata confermata l'esclusione della ricorrente dalla gara;

della determinazione del Responsabile del Servizio del Comune di Peveragno n. 58 del 18.11.2010, con la quale sono stati acquisiti e approvati i verbali di gara allegati alla determinazione medesima ed è stata disposta l'aggiudicazione in via definitiva del servizio della gestione *global service* della Casa di Riposo Comunale "D.G. Peirone" dal 1.1.2011 al 31.12.2015;

della nota n. prot. 0013149 del 19.11.2010, con la quale il Comune di Peveragno ha comunicato l'affidamento del servizio d'appalto al Consorzio Nuovi Orizzonti;

nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ivi compresi:

il bando di gara; il capitolato speciale di gara; l'avviso n. 1 prot. 0010619 del 20.9.2010;

nonché per il risarcimento del danno, anche in forma specifica, con conseguente accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nella gestione dell'appalto per cui è causa ovvero, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Peveragno;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dolmen s.c.s. e del Consorzio

Nuovi Orizzonti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2011 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Cooperativa Sociale Polima, odierna ricorrente, ha partecipato alla procedura di gara aperta indetta dal Comune di Peveragno (CN) per l'affidamento quinquennale del servizio di gestione *global service* della Casa di Riposo comunale.

In un primo momento, la ricorrente era stata esclusa dalla gara, poiché l'offerta economica non risultava sottoscritta su tutti i fogli, e l'appalto era stato provvisoriamente aggiudicato al Consorzio Nuovi Orizzonti.

A fronte delle contestazioni dell'interessata, la Commissione giudicatrice, appositamente riconvocata, aveva rivisto tale decisione e riammesso la ricorrente alla gara.

Nella medesima seduta, peraltro, la Commissione rilevava l'incompletezza dell'offerta economica della ricorrente, per non esservi stato indicato il costo della manodopera relativo a tre figure professionali previste nel progetto tecnico, e la escludeva nuovamente dalla gara.

La Commissione confermava, quindi, la graduatoria già approvata e l'aggiudicazione provvisoria al Consorzio controinteressato.

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la Cooperativa Sociale Polima impugna il provvedimento di esclusione dalla gara, la susseguente aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio Nuovi Orizzonti nonché,

in parte *qua*, il bando e il capitolato speciale d'appalto, deducendo un motivo di gravame formalmente unico, così articolato: "Violazione ed erronea applicazione degli artt. 86 e seguenti del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 e s.m.i. Violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* di gara e dei principi di buona amministrazione e di parità di trattamento di cui all'art. 97 Cost. Violazione ed erronea applicazione dei principi di buona fede di cui agli artt. 1337 e 1336 c.c. Eccesso di potere per palese contraddittorietà, illogicità, erroneità, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, sviamento dalla causa tipica e ingiustizia manifesta".

La ricorrente chiede che venga disposto l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti impugnati, che sia dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e che sia disposto il risarcimento dei danni in forma specifica, mediante affidamento dell'appalto in suo favore, ovvero, in subordine, per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Peveragno e il Consorzio controinteressato, entrambi argomentando nel senso dell'infondatezza del ricorso e opponendosi al suo accoglimento.

Nelle more del giudizio, il Comune di Peveragno ha stipulato il contratto d'appalto con il Consorzio aggiudicatario.

Alla camera di consiglio del 13 gennaio 2011, su richiesta di parte ricorrente, la trattazione dell'istanza cautelare è stata rinviata al merito.

Con ricorso per motivi aggiunti ritualmente notificato, la Cooperativa Sociale Polima ha introdotto nuove censure di legittimità avverso gli atti impugnati con il ricorso principale.

In prossimità della pubblica udienza, originariamente fissata per il 10 marzo 2011 e rinviata su richiesta di parte ricorrente, le parti costituite hanno depositato memorie difensive e di replica.

Il ricorso, infine, è stato chiamato all'udienza del 24 marzo 2011 e ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 270 del 25 marzo 2011.

DIRITTO

1) Come accennato in premessa, la contestata decisione di esclusione dalla gara è motivata con riferimento al fatto che l'offerta economica della ricorrente non considera il costo della manodopera relativo a tre figure professionali (cuoco, aiuto-cuoco e coordinatore del servizio) previste nel progetto tecnico presentato dalla medesima concorrente: tale omissione, ad avviso della Commissione di gara, avrebbe determinato "l'incompletezza dell'offerta, risultata priva di elementi essenziali in virtù della *lex specialis* contenuta nel bando di gara".

L'esponente denuncia l'erroneità di tale valutazione in quanto, alla luce delle previsioni della legge di gara, l'unico elemento caratterizzante l'offerta economica e rilevante ai fini dell'assegnazione del punteggio era il ribasso sulla base d'asta, mentre le altre indicazioni da inserire nello schema di offerta costituivano elementi funzionali alla successiva valutazione di anomalia.

La difesa comunale sostiene che l'esclusione sarebbe stata imposta dall'art. 33 del capitolato speciale d'appalto, in forza del quale l'offerta doveva contenere la quantificazione delle varie voci di costo che determinano il prezzo complessivo proposto, incluso il costo della manodopera da impiegarsi nel servizio.

La censura è fondata e meritevole di accoglimento.

Il menzionato art. 33 prevedeva che l'offerta dovesse contenere l'indicazione, in cifre e in lettere, del ribasso percentuale proposto

sull'importo a base d'asta, escluse le spese per la sicurezza.

La medesima disposizione prevedeva, inoltre, che il prezzo complessivo proposto dovesse costituire la risultante dell'impiego di una serie di fattori (costo manodopera, costo dei beni utilizzati, oneri relativi alla sicurezza, spese generali, utile d'impresa) dei quali viene chiesta la quantificazione.

Ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'elemento prezzo, l'art. 2 del capitolato speciale d'appalto stabiliva che il massimo di 30 punti sarebbe stato assegnato al concorrente che aveva proposto il ribasso più elevato, mentre gli altri concorrenti avrebbero ricevuto un punteggio proporzionalmente inferiore.

E' evidente, quindi, come l'indicazione del ribasso sulla base d'asta costituisse l'unico elemento rilevante ai fini della valutazione dell'offerta economica, mentre le ulteriori indicazioni richieste dal capitolato non si atteggiavano quali componenti dell'offerta economica la cui mancanza potesse essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, ma come semplici elementi descrittivi dell'offerta formulata.

Tali elementi, relativi alla quantificazione delle singole voci di costo che compongono il prezzo complessivo proposto, erano all'evidenza funzionali ad un'anticipata verifica di serietà dell'offerta e andavano ricollegati, pertanto, all'istituto delle giustificazioni preventive che il legislatore interno, prendendo atto della sfiducia comunitaria, ha espunto dall'ordinamento con l'art. 4-*quater*, comma 1, lett. b), del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102.

Poiché la legge (già vigente al momento di pubblicazione del bando) non consente più di richiedere le giustificazioni al momento della presentazione dell'offerta, non poteva ovviamente essere esclusa dalla gara la concorrente che aveva omesso di presentare dette giustificazioni.

Né può essere valorizzata, in senso contrario, l'argomentazione della difesa comunale, secondo la quale, trattandosi di appalto rientrante nei settori esclusi di cui all'allegato IIB del d.lgs. n. 163/2006, avrebbe dovuto farsi riferimento alla sola legge di gara che imponeva la presentazione preventiva di tali giustificazioni: l'istituto delle giustificazioni preventive contrasta, infatti, con primarie esigenze di tutela della concorrenza che permeano compiutamente anche la disciplina dei cosiddetti settori esclusi.

2) Va anche rilevata la fondatezza della distinta censura con cui l'esponente denuncia la scarsa chiarezza ed equivocità dello schema di offerta economica allegato sub "D" al capitolato speciale d'appalto.

Tale modello, nella parte relativa alla formulazione dell'offerta, si suddivide in tre distinte sezioni: nella prima andava indicata la percentuale di ribasso proposta, sia in cifre sia in lettere; nella seconda, il concorrente doveva indicare, "a titolo di eventuali integrazioni", i costi relativi a vari servizi, quali l'assistenza mediante infermieri professionali, la pulizia dei locali, i pasti; nella terza e ultima sezione, andava riportato "il dettaglio delle voci di costo che concorrono alla formulazione dei prezzi finali offerti", come previsto dall'art. 33 del capitolato speciale d'appalto.

In buona sostanza, lo schema predisposto dall'amministrazione prescriveva di indicare solo le tariffe orarie applicate per alcune figure professionali espressamente menzionate (ad es.: infermieri professionali), mentre per altre figure, parimenti necessarie ai fini dell'espletamento del servizio (ad es.: cuochi), non dettava indicazioni di sorta.

Non può essere considerata incompleta o inesatta, pertanto, l'offerta della ricorrente la quale ha indicato il costo delle sole figure professionali che erano espressamente richieste dal modello e, per le altre, ne ha accorpato il costo nelle voci "pasti" e "giornata alimentare", anch'esse indicate nello

schema di offerta economica.

3) Per completezza, ci si sofferma anche sulle ulteriori censure dedotte con il ricorso introduttivo le quali, a differenza di quelle già esaminate, meritano una diagnosi di infondatezza.

Tale valutazione va riferita, innanzitutto, alla censura di eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento, fondata sul rilievo che altre concorrenti avrebbero compilato irregolarmente lo schema di offerta economica, senza per ciò essere sanzionate con l'esclusione dalla gara.

Si tratta, peraltro, di situazioni diverse, stante la diversa natura degli "errori" riferiti dall'esponente, e tale mancanza di identità esclude in radice la fondatezza della censura.

Quanto all'ultimo ordine di doglianze, inerente le numerose esclusioni e riammissioni che hanno caratterizzato il travagliato *iter* della gara d'appalto, costituendo una sorta di conferma della denunciata ambiguità della normativa di gara, si tratta all'evidenza di rilievi generici e, come tali, inidonei a comprovare la sussistenza di specifici vizi di legittimità dei provvedimenti impugnati.

4) Sempre per ragioni di completezza, è opportuno soffermarsi anche sui motivi aggiunti di ricorso, proposti a seguito della conoscenza, acquisita in sede di accesso documentale, delle offerte delle altre concorrenti.

Con una prima censura, l'esponente denuncia nuovamente il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento, con riferimento al fatto che il Consorzio aggiudicatario avrebbe presentato un'offerta economica che, applicando il metro di valutazione utilizzato nei confronti della ricorrente, andava esclusa in quanto incompleta, dal momento che non vi è dettagliato il costo per alcune figure professionali indicate dall'offerta tecnica.

Le controdeduzioni della difesa comunale sono tese a porre in rilievo la

tardività della documentazione prodotta a sostegno della censura, avendo la ricorrente depositato agli atti del giudizio l'offerta tecnica del Consorzio aggiudicatario solo in data 18 febbraio 2011, mentre l'udienza di merito era fissata per il giorno 10 marzo 2011, cosicché non risulta rispettato il termine dimidiato di venti giorni liberi previsto dagli artt. 73, comma 1, e 119, comma 3, cod. proc. amm.

L'eccezione è fondata, atteso che la ricorrente non ha allegato l'esistenza di circostanze che avrebbero reso estremamente difficile il rispetto del termine in parola e che risultava comunque possibile, nella fattispecie, rispettare la tempistica fissata dalla legge, risalendo la conoscenza dei documenti da cui deriva la formulazione della censura all'accesso documentale esperito in data 10 febbraio 2011.

Occorre soggiungere che l'*escamotage* consistente nel chiedere (e ottenere) il rinvio dell'udienza di trattazione non vale certo a sanare l'irregolarità in parola in quanto, in caso contrario, si rimetterebbe alle parti il potere di derogare ad una disposizione processuale di natura cogente.

E' parimenti infondata la seconda censura dedotta con il ricorso per motivi aggiunti, relativa al mancato rispetto da parte dell'aggiudicataria delle modalità di redazione dell'offerta previste dall'art. 32 del capitolato speciale d'appalto (con riferimento al numero massimo di facciate di cui l'offerta si può comporre e al carattere grafico da utilizzarsi), non trattandosi di modalità previste a pena di esclusione dalla legge di gara.

5) La fondatezza delle censure dedotte con il ricorso principale, vagliate sub 1) e 2), comporta l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Va accolta, ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. d), cod. proc. amm., la domanda di parte ricorrente per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Peveragno e il Consorzio Nuovi Orizzonti in

data 28 dicembre 2010, nonostante il Comune medesimo avesse ricevuto, in data 24 dicembre 2010, la notifica del ricorso giurisdizionale, con contestuale istanza cautelare, avverso l'aggiudicazione definitiva.

Tale contratto, infatti, è stato stipulato durante la pendenza del termine di venti giorni previsto dall'art. 11, comma 10-ter, del d.lgs. n. 163/2006.

La violazione in parola, inoltre, ha influito sulle possibilità della ricorrente di ottenere l'affidamento in quanto la sua offerta, illegittimamente esclusa dalla gara, aveva ricevuto, per gli aspetti qualitativi, un punteggio inferiore di poche frazioni di punto a quella dell'aggiudicataria e prevedeva un ribasso di gran lunga superiore a quello proposto dall'aggiudicataria medesima.

La dichiarazione di inefficacia del contratto deve operare in via retroattiva, considerando che la stazione appaltante ha consapevolmente violato il divieto di stipulazione posto dalla legge e non ha dedotto in giudizio elementi favorevolmente valutabili ai fini di un'eventuale limitazione dell'efficacia temporale di questa statuizione giurisdizionale.

Non può trovare accoglimento, invece, la domanda di subentro nel contratto, poiché la necessità di sottoporre l'offerta della ricorrente a verifica di anomalia rende incerto l'esito della procedura concorrenziale.

Quanto alla domanda di risarcimento dei danni per equivalente, infine, si tratta di misura che la legge pone, di regola, in rapporto di alternativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto (cfr. art. 124, comma 1, II periodo, cod. proc. amm.) e non è conseguentemente suscettibile di accoglimento nel presente caso, dove il danno lamentato dalla ricorrente attiene solo al mancato conseguimento dell'utile derivante dall'aggiudicazione e dall'esecuzione del contratto.

6) Le spese del grado di giudizio vanno poste a carico dell'amministrazione

soccombente e sono liquidate in dispositivo.

Vanno compensate le spese di lite fra la ricorrente e il Consorzio controinteressato il quale non ha contribuito a determinare le illegittimità che inficiano l'esito della gara.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara l'inefficacia *ex tunc* del contratto.

Respinge le istanze di risarcimento dei danni.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere alla ricorrente le spese del grado di giudizio che liquida forfetariamente nell'importo di € 2.000,00 oltre IVA, CPA e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011