



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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1576 del 2010, proposto da:
Arca Cooperativa Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa
dagli avv.ti Luca Stona e Giuseppe Bisicchia, con domicilio eletto
presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Carlo Zima n. 3;

contro

A.S.L. della Provincia di Cremona, rappresentata e difesa dall'avv.to
Fausta Faccioli, con domicilio eletto presso la Segreteria della
Sezione in Brescia, Via Carlo Zima n. 3;

nei confronti di

Impresa Individuale Fausto Torchio, rappresentata e difesa
dall'avv.to Luca Magli, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv.to Alessandra Perego in Brescia, Via Carlo Zima n. 1/a;

per l'annullamento

DELLA DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE
IN DATA 29/10/2010 N. 672, RECANTE
L'AGGIUDICAZIONE ALLA CONTROINTERESSATA DEL
SERVIZIO DI MANUTENZIONE DEL VERDE PER IL
TRIENNIO 2011-2013;

e per il subentro

NEL CONTRATTO GIA' STIPULATO, PREVIA
DICHIARAZIONE DELLA SUA INEFFICACIA;

e per il risarcimento del danno

PER EQUIVALENTE, DEI DANNI PATITI E PATIENDI.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.S.L. della Provincia di
Cremona e dell'Impresa Individuale Fausto Torchio;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2012 il dott.
Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura selettiva
mediante cottimo fiduciario, attivata con il sistema del prezzo più
basso, per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria delle
aree verdi delle sedi dell'Azienda per il triennio 2011/2013.

L'amministrazione si è avvalsa della piattaforma regionale SINTEL (sistema informatico per l'espletamento di procedure di gara della Centrale regionale acquisti della Regione Lombardia) ed ha invitato una pluralità di fornitori. L'importo presunto triennale era pari a 86.014 € oltre a 1.200 € di costi per la sicurezza da rischi di interferenza.

Al confronto comparativo hanno partecipato 9 imprese, e la controinteressata si è piazzata al primo posto con 44,50 punti per un prezzo di 47.738 € oltre IVA ed oneri della sicurezza, mentre la ricorrente si è classificata seconda con lo sconto del 30,5%. La verifica di congruità dell'offerta dell'impresa vincitrice si è conclusa positivamente, sulla base delle seguenti giustificazioni (doc. 4 ricorrente):

- non ci sono costi di noleggio e tutte le attrezzature necessarie per i lavori sono di proprietà della ditta (tagliaerba frontale, trattore John Deere con piatto e cesto di raccolta, altro trattore di modello diverso con caratteristiche analoghe, decespugliatori, soffiatori per gli sfalci e la finitura dei bordi e la pulizia, 2 botticelle a motore per trattamenti per il diserbo selettivo; 4 furgoni di cui uno di 80 quintali di portata per ottimizzare i costi di trasferta dei mezzi meccanici);
- l'organico è formato da un titolare lavoratore, un operaio specializzato, un operaio comune apprendista, due avventizi: si ottimizzano i costi della manodopera in quanto l'operaio specializzato lavora da anni nel settore, l'operaio comune vanta

l'esperienza di uno specializzato e al contempo permette costi contributivi ridotti per il tipo di contratto (di apprendistato); gli avventizi sono a supporto e vengono retribuiti a giornata; i contributi di tutti i dipendenti vengono calcolati sulla base della zona svantaggiata dove ha sede l'Azienda;

- il margine previsto di guadagno è del 4,36%, mentre in alternativa si dovrebbe licenziare almeno un operaio per affrontare il momento di crisi liquidità di questo periodo.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del D. Lgs. 163/2006, dato che le giustificazioni sulle voci di prezzo addotte sono insufficienti per superare l'inattendibilità rilevata:

SU MEZZI E ATTREZZATURE =

- la vincitrice dichiara la proprietà di una pluralità di mezzi per l'esecuzione dell'appalto (i quali, essendo stati acquistati, hanno un valore pluriennale), ma nella scomposizione dei costi della ditta fa riferimento solo ad un solo autocarro di 40 q.li, escludendo tutti gli altri beni di considerevole valore e senza indicare i rispettivi oneri di ammortamento (cfr. suo doc. 4 pag. 4 punto 3);
- se anche tutti i mezzi fossero stati ammortizzati, la stazione appaltante doveva accertare la loro adeguatezza allo svolgimento dei lavori commissionati (artt. 5 e 8 del capitolato speciale);

SUL PERSONALE =

- se l'apprendista vanta l'esperienza di un operaio specializzato, l'impresa non può godere dei benefici economici in quanto le mansioni sono già acquisite nel suo patrimonio professionale; inoltre il contratto di apprendistato prevede la figura del tutor aziendale ex art. 1 del D.M. 28/2/2000 (il quale deve affiancare l'apprendista per addestrarlo e fargli acquisire le capacità tecniche di un operatore qualificato), che non è stato considerato nei documenti di gara;
- gli sgravi contributivi previsti dall'art. 9 commi 5, 5-bis e 5-ter della L. 11/3/1988 n. 67 sono previsti per le imprese che operano in zone svantaggiate (i territori montani); la ditta però opera in Provincia di Cremona, fuori dai territori montani;
- il costo del lavoro è esageratamente basso, tenuto conto del D.M. 11/6/2010, del contratto collettivo di settore e del livello retributivo. Con ordinanza n. 42, assunta nella Camera di consiglio del 13/1/2011 questo Tribunale ha ritenuto che le doglianze esposte nel ricorso introduttivo insinuassero dubbi sul corretto esperimento della procedura di verifica di anomalia ed ha ordinato alla stazione appaltante la riapertura del procedimento di verifica dell'anomalia in contraddittorio con la ricorrente e la controinteressata. I profili da esaminare erano i seguenti:
 - a fronte dell'intenzione dichiarata di avvalersi di una pluralità di mezzi per l'esecuzione dell'appalto, nella scomposizione dei costi la ditta ha fatto riferimento solo ad un autocarro di 40 q.li (senza

indicare i costi di ammortamento), escludendo tutti gli altri beni strumentali;

- per l'apprendista, non è indicata la figura del tutor aziendale;
- pur tenuto conto degli sgravi contributivi esibiti, il costo del lavoro appare esageratamente basso, alla luce del contratto collettivo e del prospetto dei costi predisposto da Assoverde;
- pur in presenza di dichiarazione di attestazione UPA del 29/12/2010, l'indagine deve essere maggiormente accurata e puntuale.

La riedizione della verifica è sfociata in un nuovo giudizio di congruità (cfr. nota A.S.L. 21/2/2011), al quale la ricorrente si oppone.

Con ordinanza n. 265, assunta nella Camera di consiglio del 16/3/2011 questo Tribunale ha motivatamente respinto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 12/1/2012 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il gravame investe la correttezza degli atti della selezione indetta per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria delle aree verdi delle sedi dell'A.S.L. di Cremona per il triennio 2011/2013. Parte ricorrente si è classificata al secondo posto e censura l'aggiudicazione alla controinteressata, che avrebbe elaborato un'offerta antieconomica.

Devono essere preliminarmente affrontate le eccezioni in rito sollevate dalle parti resistenti.

1. Non costituisce una causa di inammissibilità del ricorso l'omesso preavviso sull'intenzione di adire la sede giurisdizionale per tutelare le proprie ragioni. L'eccezione sollevata dall'A.S.L. non è dunque meritevole di apprezzamento, salve le valutazioni da svolgere ex art. 243-bis comma 5 del D. Lgs. 163/2006 ai fini delle spese di lite ed (eventualmente) dell'art. 1227 (concorso colposo nella causazione del danno).

2. Le resistenti eccepiscono la tardività del gravame, poiché parte ricorrente avrebbe ricevuto un'e-mail con la notizia dell'esito del confronto comparativo il 10/11/2010, mentre il ricorso è stato notificato all'amministrazione e alla controinteressata soltanto il 16/12/2010 e dunque oltre il termine perentorio di 30 giorni.

2.1 L'eccezione è infondata poiché l'atto introduttivo di gravame risulta consegnato all'Ufficiale giudiziario in data 9/12/2010, e dunque entro il termine di legge. Peraltro, con riguardo al contenuto della scarna comunicazione dell'esito di gara del 10/11/2010 si può richiamare in materia la recente giurisprudenza del Tribunale sulla questione (per tutte sentenza sez. II – 26/11/2010 n. 4660), che ha valorizzato anche la pronuncia della Corte di Giustizia (sez. III – 28/1/2010 – causa C-406/2008).

3. Parimenti infondata è l'eccezione formulata dalla controinteressata nella sua memoria del 9/12/2011, che si fonda sulla mancata

dimostrazione da parte di Arca della sua sicura vittoria in esito alla gara. Sul punto è sufficiente osservare che il giudizio di sospetta anomalia della sua offerta ha introdotto soltanto un dubbio sulla bontà e sostenibilità della proposta presentata che – in caso di esclusione dell'Impresa Torchio – sarebbe sottoposta a verifica di congruità prima di ottenere l'aggiudicazione. Tale iter procedimentale non determina ovviamente la carenza di interesse a proporre il presente gravame.

4. Passando all'esame del merito, osserva preliminarmente il Collegio che la verifica di anomalia dell'offerta costituisce un sub-procedimento formalmente distinto (ancorché collegato) rispetto al procedimento di evidenza pubblica di individuazione della proposta migliore, e si esprime in un'indagine di contenuto tecnico-economico secondo una precisa ratio di fondo che è quella di evitare l'aggiudicazione a prezzi tali da non garantire la qualità del lavoro, fornitura o servizio oggetto di affidamento.

La giurisprudenza prevalente ha ripetutamente osservato 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 (Consiglio di Stato, sez. V – 8/9/2010 n. 6495) e 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 (T.A.R. Lazio Roma, sez. I-

ter – 14/10/2011 n. 7957; Consiglio di Stato, sez. V – 11/3/2010 n. 1414; sez. IV – 20/5/2008 n. 2348). Al contempo occorre rilevare che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. VI – 21/5/2009 n. 3146; sentenza Sezione 10/8/2011 n. 1242, che risulta appellata).

5. Il Collegio deve dunque focalizzare l'attenzione sui singoli dubbi sollevati da parte ricorrente per trarre poi le conclusioni sulla bontà dell'offerta migliore.

6. SU MEZZI E ATTREZZATURE =

Sostiene parte ricorrente che:

- la vincitrice dichiara la proprietà di una pluralità di mezzi per l'esecuzione dell'appalto (i quali, essendo stati acquistati, hanno un valore pluriennale), ma nella scomposizione dei costi della ditta fa riferimento solo ad un solo autocarro di 40 q.li, escludendo tutti gli altri beni di considerevole valore e senza indicare i rispettivi oneri di ammortamento (cfr. suo doc. 4 pag. 4 punto 3);
- se anche tutti i mezzi fossero stati ammortizzati, la stazione appaltante doveva accertare la loro adeguatezza allo svolgimento dei lavori commissionati (artt. 5 e 8 del capitolato speciale).

6.1 L'A.S.L. ha dato conto dell'esibizione dei costi per l'uso delle

attrezzature per lo sfalcio ed il noleggio dell'autocarro per l'asportazione delle foglie, alle voci "mezzi" e "quota reintegrazioni" nella tabella prodotta con la nota di giustificazione (doc. 3). Si può condividere il rilievo dell'amministrazione, per cui rientra nelle scelte imprenditoriali avvalersi di beni già totalmente ammortizzati, mentre la verifica della loro adeguatezza appare rinviabile alla fase di esecuzione del contratto di appalto. Ai sensi dell'art. 8 della lex specialis la ditta infatti si impegna ad utilizzare mezzi idonei allo svolgimento dell'attività ed in regola con le normative antinfortunistiche, e la statuizione non è accompagnata da prescrizioni sulla necessità di dotarsi di un parco macchinari completamente nuovo o rinnovato.

Se nell'offerta erano previsti 9 mezzi e 5 unità di personale, come evidenzia parte ricorrente, è anche vero che la tipologia di interventi è tale da permettere l'impiego di strumenti e risorse umane a rotazione o in misura limitata ad alcuni beni e figure. Detta circostanza, messa in luce dall'amministrazione in sede di riesame, sembra in effetti convincente e la bontà della simulazione dell'A.S.L. (cfr. allegato a nota 21/2/2011, dove si parla di 2 unità con furgone, tagliaerba, decespugliatore e soffiatori) non è stata smentita sul piano della reale praticabilità.

7. SUL PERSONALE =

Ad avviso della ricorrente:

- se l'apprendista vanta l'esperienza di un operaio specializzato

l'impresa non può godere dei benefici economici in quanto le mansioni sono già acquisite nel suo patrimonio professionale; inoltre il contratto di apprendistato prevede la figura del tutor aziendale ex art. 1 del D.M. 28/2/2000 (il quale deve affiancare l'apprendista per addestrarlo e fargli acquisire le capacità tecniche di un operatore qualificato), che non è stato considerato nei documenti di gara;

- l'apprendistato è da escludersi se il giovane abbia già acquisito conoscenze ed esperienze, e in questo caso si deve riconoscere l'esistenza di un normale rapporto di lavoro subordinato, con l'impossibilità di godere dei benefici economici; l'apprendista può usufruire di una retribuzione ridotta fino a due livelli inferiori rispetto all'inquadramento previsto per i lavoratori assunti in azienda ed impiegati per le stesse qualifiche (art. 53 comma 1 del D. Lgs. 276/2003); per i contributi (art. 1 comma 773 della L. 296/2006) si paga il 10% della retribuzione imponibile a fini previdenziali (inoltre fino a 9 dipendenti l'aliquota del 10% è ridotta ulteriormente); il capitolato esigeva operai generici e specializzati, con conseguente esclusione degli apprendisti che non possono essere equiparati ai primi.

7.1 Anzitutto la relazione dell'A.S.L. in data 21/2/2011 contempla in allegato il contratto di apprendistato sottoscritto dall'impresa aggiudicataria, dal quale emerge che tutor aziendale è il signor Fausto Torchio, ossia il titolare. Sotto altro profilo – in disparte il rilievo dell'Azienda per cui sarebbe ininfluenza l'esperienza dichiarata dal

datore di lavoro a proposito dell'apprendista – ad avviso del Collegio il possesso di un bagaglio minimo di conoscenze è compatibile con lo status di un apprendista che non abbia appena iniziato la propria attività e si trovi ad aver raggiunto un discreto livello di addestramento. In secondo luogo l'invocata previsione del capitolato (art. 5 comma 3) esige certamente la presenza di unità che hanno l'inquadramento di operaio, ma non può essere interpretata nel senso di escludere a priori ogni altra figura professionale. La clausola, per non urtare contro i principi di libertà di iniziativa economica e di autonomia delle scelte imprenditoriali, va intesa nel senso che l'affidatario deve garantire l'erogazione del servizio avvalendosi di soggetti qualificati (operai generici e specializzati), senza escludere l'affiancamento di operatori di diversa esperienza e differente livello professionale. Anche se un apprendista non è giuridicamente assimilabile ad un operaio semplice né specializzato, l'art. 5 della lex specialis introduce una disposizione tesa a garantire la qualità del servizio, ma non può appiattare completamente le scelte strategiche dell'imprenditore chiamato ad organizzarlo con le proprie risorse umane e strumentali.

8. SEMPRE SUL PERSONALE =

Secondo la ricorrente:

- il costo del lavoro è esageratamente basso, tenuto conto del D.M. 11/6/2010, del contratto collettivo di settore e del livello retributivo (II° che comprende addetti alla manutenzione e potatura di giardini

ed aree verdi e III° che contempla operatori tecnici addetti alle potature d'alto fusto e alle piantumazioni): in particolare esibisce una tabella dalla quale emergerebbe che i costi indicati sono nettamente inferiori non solo a quelli riportati nelle tabelle ministeriali, ma anche agli oneri calcolati tenendo conto delle agevolazioni contributive per il settore agricolo nelle aree svantaggiate in zona montana (per l'operaio comune il costo orario del 2B è di 22,59 € ordinario e 19,12 € agevolato, mentre l'offerta di parte ricorrente è di 11,51 €; per l'operaio specializzato il costo orario del 3B è di 25,03 € ordinario e 21,18 € agevolato, contro i 13,94 € praticati in offerta). Anche rispetto ai costi determinati dall'associazione Assoverde un semplice raffronto evidenzia la situazione di anomalia (17,67 € per l'operaio comune e 14,52 € per le zone agevolate, contro gli 11,51 € indicati nell'offerta).

Dette deduzioni meritano una rilettura.

8.1 Nell'attestazione dell'U.P.A. in data 29/12/2010 si dichiara che l'impresa vincitrice applica in favore dei propri dipendenti i costi medi orari conformi ai contratti collettivi nazionali di lavoro nazionali e territoriali vigenti (cfr. doc. 1, dal quale risulta il costo medio di 11,51 € per l'apprendista V livello e di 13,94 € per l'operaio a tempo indeterminato di III livello), e ciò in conformità al prospetto fornito, unitamente alle deduzioni rese a giustificazione dell'asserita anomalia dell'offerta (doc. 2).

8.2 L'Azienda, in sede di riesame dell'offerta, precisa che:

I) l'attività potrebbe essere svolta da titolare e apprendista anche senza sgravi contributivi ed il costo del lavoro appare attendibile in quanto il titolare è remunerato dall'utile e l'apprendista ha l'aliquota contributiva al 10%;

II) le spese generali sono al di sopra della media;

III) i costi delle immobilizzazioni e dei carburanti sono attendibili;

IV) la convenzione CONSIP sui servizi di giardinaggio espone un costo orario di manodopera per attività relativa ad "altre manutenzioni" pari ad € 13,8461.

L'Azienda esibisce poi nuove tabelle riferite all'anno 2011, che danno conto dei seguenti costi orari: operaio specializzato provincia di Cremona € 15,6319 (€ 12,83 per zone svantaggiate), operaio qualificato € 13,74 (€ 11,28 nelle zone svantaggiate), mentre i dati dell'UPA offrono grandezze leggermente inferiori.

8.3 I valori esibiti dunque permettono di ritenere l'offerta dell'impresa Torchio in linea con le tabelle provinciali e i dati UPA, se si assumono i costi per le zone svantaggiate. Ma anche prendendo a riferimento gli oneri per le zone non svantaggiate, la proposta si colloca ad un valore non esageratamente inferiore a quello delle tabelle e pressoché pari al prezzo orario della convenzione CONSIP.

8.4 La giurisprudenza ha ritenuto che anche le offerte che si discostano dalle tabelle sul costo del lavoro non sono "ex se" anomale: il parametro certo cui riferire la valutazione di attendibilità non autorizza l'esclusione automatica delle offerte che racchiudono

valori inferiori a quelli minimi, ove siano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, per cui un costo del servizio che si discosti dalle tabelle non è di per sé incongruo (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III – 1/3/2011 n. 524). I dati risultanti dalle tabelle costituiscono in altri termini indici non assoluti ed inderogabili, ma suscettibili di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente che – evidenziando una particolare organizzazione imprenditoriale – rimettono alla stazione appaltante ogni valutazione tecnico-discrezionale di congruità (T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 2/7/2010 n. 16568). Conseguentemente è da reputarsi ammissibile l'offerta che si discosti dai dati numerici delle tabelle, purché il divario non sia eccessivo (come nella fattispecie) e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva.

8.5 Nella situazione descritta la valutazione tecnico-discrezionale di congruità compiuta dall'amministrazione non manifesta illogicità palesi o evidenti contraddittorietà.

8.6 Quanto agli sgravi contributivi previsti dall'art. 9 commi 5, 5-bis e 5-ter della L. 11/3/1988 n. 67 – previsti per le imprese che operano in zone svantaggiate (i territori montani) – se anche la zona tariffaria coincidesse con quella del terreno ove il lavoratore è occupato (come opinava parte ricorrente) l'offerta sarebbe comunque da ritenersi affidabile e sostenibile come già sottolineato.

8.7 Per quanto riguarda la contestazione sul costo del lavoro e sulla

valorizzazione di tutte le sue componenti (sviluppata dalla ricorrente nel contraddittorio con l'A.S.L. in sede di seconda verifica, con riguardo all'omessa valutazione di ferie, festività, straordinari, IRAP, malattie), il Collegio ribadisce quanto espresso ai paragrafi precedenti sui prezzi CONSIP e dà atto della costante attività sui luoghi di lavoro (sperimentata in sede di esecuzione del rapporto) del titolare dell'impresa vincitrice.

9. In conclusione il gravame è infondato e deve essere respinto, e di conseguenza anche la domanda risarcitoria.

10. La natura dubbia di alcune questioni giustifica la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa. L'omesso preavviso di ricorso non induce a conclusioni diverse, alla luce dei chiarimenti forniti da parte ricorrente nella memoria del 3/3/2011.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso introduttivo in epigrafe.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2012

IL SEGRETARIO

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