N. 00369/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00129/2012 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 per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 129 del 2012, proposto da: Express S.C.A.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Gianni Zgagliardich, Elvio Mengotti, con domicilio eletto presso Gianni Zgagliardich Avv. in Trieste, via Filzi 4;

contro

Comune di Trieste, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Oreste Danese, Valentina Frezza, domiciliata in Trieste, via Genova 2;

nei confronti di

Leader Service S.C.A.R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' Avv. in Trieste, via Donota 3;

per l'annullamento

-della determinazione dirigenziale del dirigente di area cultura e sport n. 17 dd. 25.2.2012, con cui è stato disposto di non procedere all'aggiudicazione definitiva del servizio di sorveglianza, biglietteria-bookshop ed assistenza al pubblico di alcuni poli museali ed espositivi alla ditta express socc. coop srl;

-della comunicazione del direttore dell'area cultura e sport del comune di Trieste dd. 22.3.2012, sub prot. 20°-11/3/37-11, con cui è stato confermato il provvedimento di esclusione impugnato;
-di tutti gli altri atti e provvedimenti facenti parte del subprocedimento di verifica di anomalia/congruità, dell'offerta de quo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Trieste e di Leader Service S.C.A.R.L.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2012 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

EXPRESS s.c.a r.l ha partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Trieste, Area Cultura e Sport per l'affidamento del "Servizio di sorveglianza, biglietteria-bookshop ed assistenza al pubblico in poli museali ed espositivi" con importo a base d'asta ammontante ad € 2.291.464,00, al netto dell'IVA, più € 2.780,00 per oneri di sicurezza e durata contrattuale di quattro anni e si è classificata al primo posto in graduatoria, con 64,832 punti su 100 (25,483 punti su 60 per l'offerta tecnica e 39,349 su 40 per quella economica), davanti alla Leader Service con 60,533 punti e all'ATI La Collina (attuale gestore) con 60,008 punti, con conseguente aggiudicazione provvisoria.
Con determinazione dirigenziale n. 5294 del 14.12.2011 Il Comune conferiva un incarico professionale esterno ad un consulente del lavoro per "… l'esame della documentazione di gara, la verifica dei contenuti delle offerte economiche

presentate dai concorrenti, con prioritario e particolare riferimento all'offerta economica della ditta che ha presentato la migliore offerta, ai fini di valutarne la correttezza, completezza e congruità, tenuto anche conto delle contestazioni in premessa, in riferimento alle previsioni dei documenti di gara e normative e con particolare riferimento al rispetto norme sul costo del lavoro tenuto conto dei contratti collettivi di lavori applicati …".

Il consulente incaricato dal Comune ha presentato una prima relazione in cui giungeva alla conclusione che "… i costi orari indicati dall'aggiudicataria sono sempre inferiori a quanto risultante sulla base dei criteri sopra ampiamente illustrati …".

In data 18.1.2012 il Comune ha quindi inviato alla ricorrente un'ulteriore richiesta di chiarimenti, in cui venivano elencati 8 specifici punti, definiti "… incongruenze nella determinazione del costo del lavoro indicato, tali da comportare una sottostima del relativo valore, che appaiono in contrasto con le previsioni del capitolato speciale d'appalto …", cui la ricorrente ha risposto con la lettera del 28.1.2012, con allegati numerosi documenti a comprova della correttezza delle argomentazioni sostenute ma il consulente del Comune confermava le sue perplessità su alcune voci (IRAP-IRES, tariffa INAIL, lavoro festivo) che avrebbero comportato un incremento dei costi reali, rispetto a quelli calcolati dalla ricorrente, ma senza evidenziare l'inaffidabilità dell'offerta, di cui non veniva compiuta un'analisi complessiva, limitandosi a singole contestazioni puntuali, di asseritamente minima incidenza economica sul quadro complessivo dell'appalto.

Con l'impugnata determinazione dirigenziale n. 17/2012, il Comune ha quindi deciso di non procedere all'aggiudicazione definitiva del servizio all'attuale ricorrente, il che ha dato luogo al presente ricorso basato sui seguenti motivi:

1. Violazione dell'art. 3 della L. 241/1990. Violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Eccesso di potere per illogicità,

irragionevolezza, carenza di istruttoria e di motivazione; per la mancata motivazione sul perché l'offerta non sia considerata congrua.

Inoltre le analisi formulate dal consulente del Comune sarebbero comunque viziate in molti punti.

Nella sua seconda relazione del 16.2.2012 – quella che costituirebbe la sola motivazione, per relationem, del provvedimento di esclusione – vengono infatti evidenziati quattro punti su cui non sarebbero state accolte le giustificazioni presentate dalla ricorrente in data 28.1.2012: determinazione IRAP/IRES, tariffa INAIL, maggiorazione per "lavoro compiuto nei giorni considerati festivi" e, da ultimo, lavoro discontinuo.

Per quanto riguarda l'IRAP si sostiene che, data la attuale politica di progressiva abrogazione di tale imposta , sarebbe una voce di costo che, nell'impostazione di un contratto di durata quadriennale, viene ad assumere un'importanza sempre minore.

Relativamente all'IRES, viene ricordato che questa imposta, che colpisce gli utili d'impresa, avrebbe scarsa rilevanza nell'ambito cooperativistico, caratterizzato da imprese che, avendo scopo mutualistico, non sono primariamente destinate alla produzione di utili, bensì alla tutela delle aspettative di lavoro dei propri soci, sicchè nell'ambito dell'equilibrio economico di un contratto di durata quadriennale, l'incidenza concreta di tali imposte sarebbe del tutto marginale rispetto al valore contrattuale.

Viene comunque ricordato che, anche tenendo conto di tutti gli aggravi di costi, l'utile d'impresa ammonta ad € 158.521,12.

Relativamente alla tariffa INAIL si contesta la ritenuta applicabilità di una tariffa superiore ribadendo che nel servizio di cui trattasi è escluso che gli addetti siano tenuti a svolgere lavori di piccola manutenzione.

Anche su questo specifico punto, l'incidenza del relativo differenziale complessivo di costi sarebbe comunque di circa € 15.000, pari a solo uno 0,83% sull'importo complessivo dell'appalto.

Per quanto concerne la maggiorazione per "lavoro compiuto nei giorni considerati festivi", si evidenzia come lo stesso consulente non risulti in grado di confutare, se non del tutto genericamente, le argomentazioni della ricorrente, tanto che non è nemmeno in grado di proporre alcuno specifico conteggio del valore monetario di tale asserita differenza retributiva e la ricorrente ribadisce di aver formulato la propria offerta sulla base di un costo standardizzato generale calcolato sul reale numero di festività non godute durante i quattro anni di durata del rapporto contrattuale, sicchè gli eventuali incrementi di costi dovuti a tale maggiorazione sarebbero ampiamente compensati dai risparmi di costi durante i periodi di chiusura delle strutture e sarebbero, in ogni caso, incrementi di costo minimali (nell'ordine di un paio di centesimi di Euro), ampiamente assorbiti dall'utile d'impresa.

Da ultimo, per quanto riguarda il lavoro discontinuo, su cui il consulente del Comune nutre qualche perplessità, senza essere però in grado di proporre dati alternativi, viene evidenziato che trattasi di un istituto previsto dall'art. 32 del vigente CCNL delle Imprese Multiservizi, in cui vengono espressamente citati – al comma 3, n. 2 – i "custodi o guardiani addetti a ingressi fieristici, museali ed altri edifici", con fissazione (comma 5) di un orario di lavoro settimanale pari a 45 ore, superiore del 12,5% - a parità di costi per l'impresa - a quello ordinario per gli altri lavoratori.

Tale impostazione avrebbe trovato conferma nel parere favorevole espresso dal Servizio Ispezione del Lavoro della Direzione Territoriale del Lavoro di Trieste in data 17.2.2012 e dal consulente del lavoro, rag. Franco Casagrande, in data 20.3.2012.

2. Violazione dell'art. 1 della L. 241/1990. Violazione dei principi di proporzionalità dell'azione amministrativa e di leale collaborazione. Violazione del principio del contraddittorio anche tenuto conto dei principi comunitari. Violazione dell'art. 27, D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di presupposti; nell'assunto che, a fronte di marginali incongruenze dell'offerta economica, sia in termini di valori assoluti, che in proporzione al valore complessivo dell'appalto e pur in assenza di qualsiasi declaratoria di incongruità/inaffidabilità dell'offerta da parte del consulente del Comune, sarebbe stata disposta la sanzione più grave e definitiva, cioè l'esclusione dalla procedura di affidamento, in totale violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Si contesta che, in violazione del principio di leale collaborazione, il Comune non avrebbe svolto alcuna attività di analisi concreta dei dati forniti a titolo di giustificazione, limitandosi a "subappaltare" l'attività di analisi ad un consulente esterno che si è infine attestato su quattro incongruenze di modesto ammontare e non ha mai espresso alcuna valutazione negativa sulla congruità/affidabilità dell'intera offerta.

L'esclusione sarebbe stata disposta senza nemmeno consentire alla ricorrente di poter replicare alle conclusioni, contenute nella seconda relazione , relative ai quattro punti rimasti controversi, in violazione dei canoni della leale collaborazione, dovuta dalla Pubblica Amministrazione nei sui rapporti con i cittadini e del il principio del contraddittorio.

L' impugnata esclusione sarebbe vieppiù illegittima se inquadrata nel "panorama generale" di una procedura di affidamento indetta solamente un giorno prima della scadenza del contratto originario, beneficiario di tre proroghe (asseritamente illegittime) della durata anomala di ben 19 mesi.

Si è costituito in giudizio il Comune di Trieste e la Leader service società cooperativa scarl, controdeducendo per il rigetto del ricorso.

La ricorrente ha eccepito l'inammissibilità della costituzione del Comune, in quanto la delibera di autorizzazione alla costituzione in giudizio del Comune risulta adottata in data 3.9.2012 e quindi dopo la scadenza del termine per il deposito dei documenti in relazione all'udienza di merito fissata per il 26.9.2012.

Il Collegio ritiene che la costituzione del Comune non sia inammissibile in quanto i termini – pacificamente ordinatori – per il deposito della costituzione con il mandato e risultano essere stati rispettati; la circostanza che la delibera di costituzione in giudizio – sostanzialmente in ratifica del mandato conferito dal Sindaco – sia intervenuta dopo la scadenza del termine per il deposito dei documenti non inficia la ritualità della costituzione; infatti quello che rileva è la circostanza sostanziale che il Comune abbia formalizzato anteriormente all'udienza di discussione del merito del ricorso, la volontà di resistere mentre, d'altro canto, la tardiva conoscenza di tale deliberazione non risulta in alcun modo lesiva dei diritti di difesa delle altre parti.

Nel merito il ricorso è infondato.

Va preliminarmente chiarito che tutte le contestazioni fatte dalla ricorrente in ordine alle decisioni di prorogare il servizio all'attuale gestore (RTI La Collina) ed alla posizione dello stesso nella presente gara sono del tutto inconferenti ed inammissibili in questa sede.

Si deve poi precisare che la normativa applicabile nel caso in esame è l'art. 20 del D.Lgs. 163/2006 ("appalti di servizi elencati nell'Allegato II B") e l'art. 27 ("principi relativi ai contratti esclusi") del medesimo D.Lgs., che fa richiamo al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità e dispone l'applicazione dell'art. 2, commi 2, 3 e 4, il quale a sua volta richiama le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui

alla Legge 7 agosto 1990, n. 241, norme di principio che il Collegio non ritiene che siano state violate.

In punto di fatto risulta incontroverso che la ricorrente, nel costo del lavoro non ha considerato nè l'IRAP (pari al 3,9% del costo del lavoro indicato dalla ricorrente in € 1.699.804,00), nè l'IRES (aliquota 27,5.%), ha applicato una tariffa INAIL per il personale riferita alla voce 0722 (con tasso del 4 per mille) invece della tariffa riferita alla voce 0544 (specifica degli addetti a "Musei, Biblioteche e Archivi") con tasso del 23 per mille, non ha effettuato una corretta e dettagliata stima della maggiorazione del costo per "lavoro compiuto nei giorni considerati festivi" (previsto dall'art. 38 del CCNL pulizie / servizi integrati / multiservizi da applicarsi nella fattispecie), pur avendo predisposto il prospetto dei turni di lavoro allegato al progetto tecnico, dal quale risulta che almeno il 14% delle prestazioni sono svolte in giorni festivi e nemmeno è riuscita a dimostrare di aver tenuto conto che, nel caso di assorbimento del personale alle dipendenze dell'attuale gestore, detto personale dovrà essere assunto tenendo conto delle "condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato" (art. 4 del CCNL pulizie / servizi integrati / multiservizi) e dei correlati oneri economici. E' infatti significativo che tali dati fattuali non siano smentiti in ricorso ma che se ne contesti solo la rilevanza agli effetti della congruità dell'offerta, dimenticando che, nel caso di specie, non vengono in considerazione le norme relative alla valutazione dell'anomalia dell'offerta e si deve invece fare applicazione di specifiche disposizioni di capitolato : l'art. 9 del CSA, che impone l'applicazione delle vigenti norme in materia retributiva, previdenziale, assicurativa e antinfortunistica e gli artt. 28 e 31 del CSA che sanciscono l'inderogabilità dei minimi salariali, dei costi e degli utili di impresa.

Ne consegue che la valutazione dei dati di costo non è stata e non poteva essere effettuata nell'ottica di una generale valutazione della congruità dell'offerta ma in

quella del rispetto della lex specialis, in considerazione del rilievo che il costo orario del servizio indicato dalla ricorrente, relativo al CCNL "multiservizi" che la stessa ha dichiarato di applicare, è risultato inferiore al costo determinato dalle tabelle ministeriali ex DM 25.2.2009, circostanza che non viene neppure smentita dalla ricorrente.

La determinazione impugnata fornisce quindi un'adeguata motivazione del percorso logico - giuridico che ha portato alla decisione di non procedere all'aggiudicazione definitiva del servizio all'EXPRESS, per cui il primo motivo di gravame risulta del tutto infondato.

Anche la seconda censura, con cui la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 1 della Legge 241/1990 e dei principi di proporzionalità e di leale collaborazione, nonché la violazione del principio del contraddittorio e dell'art. 27 del D.Lgs. 163/2006 e l' eccesso di potere per carenza di presupposti, è infondata.

L'art. 27 del D.Lgs. 163/2006 richiama i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità e non risulta che l'attività del Comune abbia violato alcuno di quei principi, compresi quelli di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza.

La prima richiesta di chiarimenti alla EXPRESS è stata fatta, infatti, ancora con nota del 14 dicembre 2011, alla quale è seguita la risposta contenuta nella lettera della ricorrente del 22 dicembre 2011. Una ulteriore dettagliata richiesta di chiarimenti le è stata rivolta con nota del 18 gennaio 2012 ed in tale occasione è stato chiarito esplicitamente che "la mancanza di tali osservazioni / controdeduzioni, ovvero il mancato superamento delle stesse costituiscono elemento ostativo all'aggiudicazione definitiva".

L'impugnata determinazione dirigenziale del 25 febbraio 2012 n. 17/2012 da poi conto esaurientemente delle ragioni per cui tali riserve non sono state ritenute superate.

Anche il ricorso ad un incarico esterno ad un consulente del lavoro, indipendentemente dal fatto che ciò non rappresenti un modus operandi abituale del Comune di Trieste e fermo restando che la legittimità di tale scelta non viene in considerazione ai fini del presente giudizio, risulta comunque non in conflitto con i principi sopra richiamati, data l'innegabile complessità della materia.

Va in ogni caso ricordato che la determina comunale si basa sul rilievo, allo stato insuperabile, del mancato rispetto degli artt.9, 28 e 31 del capitolato per cui la decisione comunale si rivelava addirittura atto dovuto.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Le spese possono essere compensate tra le parti

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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