



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 255 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cooperativa Ca e B, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco De Marini e Lucia Varisco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Monica Carlin in Trento, via S. Maria Maddalena 12;

contro

Comune di Trento, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Angela Colpi, con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Trento, via Calepina 12;

nei confronti di

Euro & Promos Group Soc.Coop. P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Paviotti e Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso questo Trga in Trento, via Calepina 50;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 155490/2011/SP/R1/80.1 dd. 2.8.2012 dell'Ufficio Appalti del Comune di Trento di aggiudicazione definitiva dell'appalto dei servizi per la biblioteca comunale di Trento;
- del bando di gara, nella parte in cui demanda la procedura di verifica di congruità dell'offerta e di valutazione delle giustificazioni al Dirigente del Servizio competente dell'Amministrazione;
- del verbale di gara dd. 3.5.2012 - terza seduta pubblica;
- della richiesta di giustificazioni prot. n. 55030/18084 dd. 8.5.2012, della richiesta di precisazioni prot. n. 69042/18084/2011 dd. 5.6.2012 e del provvedimento di invito ad audizione prot. n. 83590/18084/2011 dd. 13.7.2012, atti tutti a firma del dirigente dott. Fabrizio Leonardelli;
- del verbale di audizione dd. 23.07.2012;
- della relazione di verifica di congruità dell'offerta economica in data 1.8.2012;
- del verbale di gara - sesta seduta riservata dd. 1.8.2012;
- del verbale di gara - quarta seduta pubblica dd. 2.8.2012;
- del diniego al rilascio di copia dell'offerta tecnica della controinteressata comunicata via e-mail in data 9.8.2012;
- del silenzio-diniego formatosi ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 53/2010 sul preavviso di ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione;
- ove occorrer possa, della determinazione del Dirigente Area Servizi Cittadino n. 70/1 del 6.2.2012 di nomina della Commissione, del verbale di gara - prima seduta pubblica dd. 7.2.2012, dei verbali di

gara tutti, nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso con quelli impugnati in via principale e diretta, con ogni conseguente statuizione anche in origine al conseguimento dell'aggiudicazione da parte della ricorrente e per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per l'accertamento e la dichiarazione di intervenuta caduzione e/o inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, con conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010;

e con i motivi aggiunti:

- del provvedimento di data 11.10.2012 a firma del Dirigente Area Tecnica e del Territorio, di diniego di autotutela espressa dall'Amministrazione a seguito dell'informativa ex art. 243 bis Cod. Contratti;
- ove occorrer possa, dei verbali di gara delle sedute riservate 15.3.2012, 22.3.2012, 27.3.2012, 4.4.2012 e 24.4.2012.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trento e di Euro & Promos Group Soc. Coop. P.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Euro&Promos Group Soc. Coop. P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2013 il cons.

Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla gara d'appalto dei servizi bibliotecari indetta, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dal Comune di Trento con bando del 25.11.2011.

A conclusione del procedimento concorsuale, la ricorrente si è classificata al secondo posto e la controinteressata al primo posto. L'offerta di quest'ultima è stata quindi sottoposta al sub procedimento di verifica dell'anomalia, all'esito favorevole del quale essa è divenuta aggiudicataria dell'appalto.

Da ciò il presente ricorso, con cui si deduce:

- 1) violazione di legge (art. 84 d.lgs. 163/2006 e art. 38 del regolamento comunale), in quanto la commissione giudicatrice non sarebbe composta da membri esperti della materia e, conseguentemente, la verifica di congruità dell'offerta presentata dalla controinteressata è stata impropriamente demandata al responsabile del procedimento, peraltro nemmeno lui sufficientemente esperto sui costi del personale;
- 2) violazione della *lex specialis*, in quanto essa prescrive che il personale da adibire al servizio bibliotecario dev'essere inquadrato nel terzo o nel quinto livello del CCNL, mentre la controinteressata ha previsto di utilizzare anche contratti di apprendistato;

- 3) eccesso di potere sotto vari profili, in quanto nel procedimento di verifica della congruità dell'offerta presentata dalla controinteressata, questa ha più volte corretto ed aggiustato l'offerta che, invece, non sarebbe potuta essere modificata;
- 4) eccesso di potere sotto vari profili, in quanto l'offerta della controinteressata non potrebbe considerarsi seria a causa dell'insignificante sua remunerabilità, ridotta allo 0,14%;
- 5) eccesso di potere sotto vari profili, essendo mancata una verifica puntuale delle diverse giustificazioni offerte dalla controinteressata;
- 6) violazione della lex specialis, in quanto la controinteressata intende adempiere alle prestazioni cui si è obbligata mediante il ricorso, non consentito, al lavoro supplementare;
- 7) violazione del diritto di accesso agli atti richiesti dalla ricorrente.

Con motivi aggiunti, successivamente notificati, la ricorrente ha impugnato l'atto in data 11.10.2012, a firma del Dirigente Area Tecnica e del Territorio, di diniego di autotutela a seguito dell'informativa ex art. 243 bis d. lgs. 163/2006, estendendo ad esso le menzionate censure e deducendo ancora i vizi di illogicità, travisamento, contraddittorietà e non serietà dell'offerta presentata dalla controinteressata.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione comunale intimata, sia la controinteressata.

Entrambe hanno controdedotto puntualmente alle censure avversarie.

La controinteressata ha inoltre proposto ricorso incidentale, sostenendo che la ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara

per i seguenti motivi:

- 1) violazione di legge (artt. 86 e 87 d. lgs. 163/2006), in quanto la ricorrente non avrebbe indicato nella propria offerta gli oneri di sicurezza da rischio specifico ed aziendali;
- 2) violazione di legge (art. 38 d.p.r. 445/2000), in quanto la ricorrente non avrebbe allegato all'offerta economica la fotocopia del documento di identità;
- 3) violazione di legge (artt. 8 e 17 d. lgs. 66/2003), in quanto l'offerta tecnica della ricorrente prevedrebbe il superamento del limite giornaliero di sei ore continuative di lavoro del personale adibito al servizio bibliotecario.

Ciò premesso e passando alle proprie valutazioni, il Collegio ritiene di dover procedere, nell'ordine logico, dall'esame del ricorso incidentale. Al riguardo, infatti, il Collegio fa propri i principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 4 del 7.4.2011, relativamente al rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale ed al loro corretto ordine di esame.

In particolare, vale il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorso principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di

economia processuale, soltanto qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità, e non è questo il caso.

Dunque, col primo motivo del ricorso incidentale si sostiene dalla controinteressata aggiudicataria che la ricorrente non avrebbe indicato nella propria offerta gli oneri di sicurezza da rischio specifico ed aziendali e sarebbe dovuta essere, perciò, esclusa.

La censura è però infondata, in quanto l'art. 23 del capitolato speciale d'appalto ha espressamente escluso l'esistenza di rischi interferenziali, mentre gli oneri di sicurezza per i rischi aziendali, cioè quelli destinati a garantire la sicurezza del personale dell'impresa appaltatrice, sono stati fissati direttamente ed inderogabilmente dallo stesso art. 23 del Capitolato speciale (al costo di euro 17.811,80 complessivi quinquennali) cosicché nessun obbligo di indicazione degli stessi incombeva ai partecipanti in sede di offerta.

In disparte, poi, che secondo la giurisprudenza di questo Collegio (cfr. la sentenza 7.3.2013, n. 71) assume valore dirimente il fatto che la Stazione appaltante abbia predisposto ed allegato al bando di gara, per la compilazione dell'offerta economica, un modulo non recante la dichiarazione degli oneri della sicurezza, cosicché l'utilizzazione di detto modulo, cui le imprese partecipanti erano invitate "anche al fine di evitare esclusioni di natura formale" (così a pag. 19 del bando) non può ritorcersi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sull'eshaustività di quel modulo. Inoltre, gli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del Codice dei contratti pubblici non prevedono la

sanzione dell'esclusione per la mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza, e nemmeno in tal senso dispone l'art. 26, comma 6, del D.lgs. n. 81 del 2008, con ciò implicitamente consentendo, ove necessario, la regolarizzazione della relativa documentazione (cfr., in termini, C.d.S., sez. III, 4.10.2012, n. 5203).

Il primo motivo del ricorso incidentale è dunque infondato.

Col secondo motivo si sostiene che la mancata allegazione all'offerta economica della fotocopia del documento di identità del sottoscrittore costituirebbe causa di esclusione della ricorrente.

Anche relativamente alla predetta censura, tuttavia, il Collegio osserva che una tale prescrizione non era prevista né dal bando di gara, né dal modulo fac simile di offerta economica allegato al bando.

L'allegazione della fotocopia del documento di identità era bensì prescritta dal bando, relativamente alle dichiarazioni di inesistenza di cause di esclusione ex art. 38 d. lgs. 162/2006, ma nemmeno in quel caso costituiva causa di esclusione, comportando solo l'obbligo di regolarizzazione (così a pag. 13 del bando di gara).

A fortiori, quindi, tale omissione non poteva costituire causa di esclusione relativamente all'offerta economica.

Anche il secondo motivo del ricorso incidentale va perciò disatteso.

E' invece fondato il terzo motivo del ricorso incidentale, con cui è stato dedotto che l'offerta tecnica della ricorrente prevede il superamento del limite giornaliero di sei ore continuative di lavoro del personale adibito al servizio bibliotecario, in violazione degli artt. artt. 8 e 17 d. lgs. 66/2003.

In effetti, la stazione appaltante si era accorta di tale elemento critico dell'offerta tecnica della ricorrente ed aveva chiesto, in data 28.3.2012, chiarimenti in merito, senza peraltro assumere alcuna successiva decisione al riguardo.

La ricorrente replica sul punto rilevando che solo due dipendenti incorrono in eccesso di orario continuativo, che si tratta di mansioni non ripetitive né monotone e che, comunque, la prescrizione legislativa è derogabile mediante apposito accordo sindacale che sarà stipulato se le verrà aggiudicato l'appalto.

Sennonché, si tratta di considerazioni non persuasive.

La norma (art. 8 del d.lgs. 8.4.2003, n. 66) invero prescrive tassativamente che *“Qualora l'orario di lavoro giornaliero ecceda il limite di sei ore il lavoratore deve beneficiare di un intervallo per pausa, le cui modalità e la cui durata sono stabilite dai contratti collettivi di lavoro, ai fini del recupero delle energie psico-fisiche e della eventuale consumazione del pasto anche al fine di attenuare il lavoro monotono e ripetitivo”*.

E' vero che l'art. 17 della stessa legge consente che la disposizione possa essere derogata *“mediante contratti collettivi stipulati a livello nazionale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Per il settore privato, in assenza di specifiche disposizioni nei contratti collettivi nazionali le deroghe possono essere stabilite nei contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*.

Sennonché, è pacifico che nella fattispecie nessun contratto collettivo derogatorio è stato stipulato nel momento in cui la ricorrente ha

presentato la propria offerta tecnica.

D'altra parte, il contratto collettivo derogatorio non è nella disponibilità della ricorrente, essendo evidentemente condizionato alla condivisione della controparte sindacale, la cui volontà in merito non può certamente essere data per acquisita, prima che sia manifestata.

Dunque, l'accordo sindacale derogatorio avrebbe dovuto precedere l'offerta tecnica poiché, in mancanza, essa sconta la violazione del citato art. 8 del d. lgs. 66/2003.

Tale violazione di legge è rilevante e costituiva causa di esclusione dalla gara della ricorrente, poiché l'art. 8 del capitolato speciale prescrive che *“l'appaltatore è sottoposto a tutti gli obblighi versati i propri dipendenti risultanti dalle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di lavoro e di assicurazioni sociali, nonché di sicurezza sul lavoro”*, mentre il bando di gara prevede che *“le disposizioni del capitolato speciale di appalto costituiscono condizioni minime inderogabili...sono escluse dalla gara le offerte che si discostino dalle relative disposizioni...”* (così a pag 19).

In conclusione, il ricorso incidentale si rivela fondato per tale aspetto e, conseguentemente, il ricorso principale diviene improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse alla decisione, in quanto la ricorrente sarebbe dovuta essere esclusa dalla procedura concorsuale e viene meno, quindi, l'interesse a sindacarne l'esito.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti, in considerazione degli esiti non perspicui dell'istruttoria svolta dall'Amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Alma Chiettini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/04/2013

IL SEGRETARIO

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