



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1007 del 2010, proposto da:
Communitas Service Srl, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Vittorio Loi, dall'Avv. Nico Moravia e dall'Avv. Ludovico Marco Benvenuti, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, Santa Croce, 205;

contro

Azienda U.L.S.S. n .5 “Vicentino Ovest” – Arzignano (VI), in persona del suo Direttore Generale *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Mario Testa, con domicilio eletto in Venezia presso lo studio dell'Avv. Pier Vettor Grimani, S. Croce, 466/G; Azienda U.L.S.S. n .4 - Thiene, Azienda U.L.S.S. n. 6 Vicenza;

nei confronti di

Istar Srl, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in

proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito con la Saiper Sas, rappresentato e difeso dall'Avv. Carlo Moreschi, con domicilio eletto in Venezia presso lo studio dell'Avv. Pier Vettor Grimani, S. Croce, 466/G;

per l'annullamento

della deliberazione n. 194 dd. 26 aprile 2010 del Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 5 "Vicentino Ovest" – Arzignano adottata in qualità di capofila del gruppo interaziendale composto dall'Azienda-U.L.S.S. n. 5, dell'Azienda-U.L.S.S. n. 4 e dall'Azienda-U.L.S.S. n. 6 e recante l'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Istar S.r.l. e e dalla Saiper S.a.s. l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trascrizione delle refertazioni degli esami clinici nonchè del servizio di controllo delle impegnative specialistiche ambulatoriali in fabbisogno alle aziende socio sanitarie della Provincia di Vicenza; del verbale di gara n. 306 dd. 22 giugno 2009 recante l'approvazione della lettera di invito e di ammissione alla gara dei concorrenti nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara medesima del raggruppamento temporaneo di imprese Istar S.r.l. – Saiper S.a.s.; del verbale dd. 31 marzo 2010 di apertura delle buste contenenti le offerte economiche; dell'atto prot. 19619 dd. 27 maggio 2010 con il quale l'Azienda-U.L.S.S. n. 5 ha risposto all'informativa ex art. 243 bis del Codice dei contratti pubblici presentata dalla società ricorrente; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.L.S.S. n. 5
"Ovest Vicentino" - Arzignano e di Istar S.r.l.;
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 25 novembre 2010 il dott.
Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori; sono presenti l'avv.to
Moravia per la ricorrente Communitas S.r.l., l'Avv. M. Testa per
l'Azienda U.L.S.S. n. 5 "Ovest Vicentino"-Arzignano e l'Avv. C.
Moreschi per la Istar S.r.l. ;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con bando di gara pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* dd. 28 febbraio 2009 l'Azienda U.L.S.S. n. 5 "Vicentino Ovest" – Arzignano (Vicenza) ha indetto una procedura negoziata centralizzata, a' sensi degli artt. 20 e 27 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, quale capofila del gruppo interaziendale da essa composto con l'Azienda-U.L.S.S. n. 4 e con l'Azienda-U.L.S.S. n. 6 e avente per oggetto: 1) il servizio di elaborazione, mediante trascrizione dei *files* vocali da eseguire su *personal computer* da parte dell'impresa appaltatrice, dei referi degli esami clinici (radiologia, neuroradiologia, medicina nucleare e fisica sanitaria) in fabbisogno alle Aziende Sanitarie nn. 4, 5 e 6 della provincia di Vicenza per un importo

presunto a base d'asta pari ad € 2.900.000,00.- + I.V.A., da assegnarsi per un periodo di anni 6 eventualmente rinnovabile per ulteriori 3; 2) il servizio di controllo da parte del personale dell'impresa appaltatrice delle impegnative relative all'attività specialistico-ambulatoriale, in fabbisogno alle Aziende Sanitarie nn. 4, 5 e 6 della provincia di Vicenza per un importo presunto a base d'asta pari ad € 1.865.000,00.- + I.V.A., da assegnarsi sempre per un periodo di anni 6 eventualmente rinnovabile per ulteriori anni 3.

Conseguentemente, l'importo complessivo a base d'asta della gara era pari a complessivi € 4.765.000,00.-

L'aggiudicazione doveva avvenire a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a' sensi dell'art. 83 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

Dopo la fase di prequalifica, sono stati ammessi alla gara i seguenti concorrenti:

- a) il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla Istar S.r.l. (mandataria) e Saiper S.a.s. (mandante);
- b) il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla Communitas Service S.r.l. (mandataria), nonché dalla Verlata lavoro Soc. coop. sociale a r.l. e G.P.I. S.p.a. (mandanti);
- c) la El.da Service S.r.l.;
- d) la ISP S.r.l.

In sede di valutazione delle offerte tecniche Communitas ha ottenuto 36,93 punti, Istar 60 punti, El.da 39,56 punti e ISP 19,93 punti.

A' sensi dell'art. 7 della lettera di invito, ISP è stata conseguentemente

esclusa dalla gara, non avendo ottenuto un punteggio pari almeno alla soglia minima di punti 30.

All'apertura delle buste recanti le offerte economiche, Communitas, con un prezzo offerto di € 3.352.930,00.- ha ottenuto 40 punti; Istar, con un prezzo offerto di € 4.336.150,00.- ha ottenuto 30,93 punti, nel mentre El.da Service, a fronte di un prezzo offerto di € 4.259,188,00.- ha ottenuto 31,48 punti.

In conseguenza di ciò, la graduatoria formata dalla Commissione di gara vedeva collocata al primo posto Istar quale aggiudicataria provvisoria con un punteggio pari a 90,93 ($60+30,93=90,93$), al secondo posto Communitas con punti 76,93 ($40+36,93=76,93$) e al terzo posto El.da con punti 71,04 ($31,48+39,56=71,04$).

Istar è stata quindi dichiarata aggiudicataria definitiva con deliberazione n. 194 dd. 26 aprile 2010 del Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 5.

1.2.1. Con il ricorso in epigrafe, esperito previa informativa di cui all'art. 243 bis del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 come inserito dall'art. 6 del D.L.vo 20 marzo 2010 n.53, Communitas chiede pertanto l'annullamento della deliberazione n. 194 dd. 26 aprile 2010 del Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 5 "Vicentino Ovest" – Arzignano adottata in qualità di capofila del gruppo interaziendale composto dall'Azienda-U.L.S.S. n. 5, dell'Azienda-U.L.S.S. n. 4 e dall'Azienda-U.L.S.S. n. 6 e recante l'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Istar S.r.l. e dalla Saiper S.a.s. l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto

L'affidamento del servizio di trascrizione delle refertazioni degli esami clinici nonchè del servizio di controllo delle impegnative specialistiche ambulatoriali in fabbisogno alle aziende socio sanitarie della Provincia di Vicenza; del verbale di gara n. 306 dd. 22 giugno 2009 recante l'approvazione della lettera di invito e di ammissione alla gara dei concorrenti nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara medesima del raggruppamento temporaneo di imprese Istar S.r.l. – Saiper S.a.s.; del verbale dd. 31 marzo 2010 di apertura delle buste contenenti le offerte economiche; dell'atto prot. 19619 dd. 27 maggio 2010 con il quale l'Azienda-U.L.S.S. n. 5 ha risposto all'informativa ex art. 243 bis del Codice dei contratti pubblici presentata dalla società ricorrente; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

1.2.2. Con un primo ordine di censure Communitas deduce, innanzitutto, l'omessa esclusione di Istar-Saiper dalla gara per omessa e non veritiera dichiarazione sui requisiti di ordine generale di un amministratore cessato, con conseguente violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 43, 46, 47, 75 e 77-bis del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, violazione dell'art. 2, punto 3, lett. c) del disciplinare di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Il dott. Olivo Viviani, legale rappresentante di Istar, avrebbe dichiarato a' sensi dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 e a' sensi dell'art. 2, punto 3, lett. c) del disciplinare di gara, l'inesistenza di amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente alla pubblicazione del bando (cfr. doc. 11 di parte ricorrente): circostanza,

questa, peraltro non veritiera in quanto dalla visura camerale della medesima Istar consterebbe che in data 28 gennaio 2008 l'avvenuta cessazione dalle cariche di presidente del consiglio di amministrazione e di membro del consiglio medesimo del Sig. Ferruccio Cervato, rimasto pertanto in carica sino a poco più di un anno prima dell'indizione della gara per cui è ora causa.

In conseguenza di ciò, ad avviso di Communitas, Istar-Saiper avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, con conseguente aggiudicazione della stessa alla seconda classificata in graduatoria, ossia alla medesima Communitas.

1.2.3. Con un secondo ordine di censure Communitas deduce la mancata esclusione dalla gara di Istar-Saiper per anomalia dell'offerta economica da essa presentata, con conseguente violazione e/o falsa applicazione dell'art. 86 del D.L.vo 163 del 2006, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza e/o insufficienza istruttoria.

Ad avviso della ricorrente, l'offerta di Istar-Saiper non sarebbe infatti in grado di coprire i costi della commessa ed, in particolare, del personale impiegato da tale raggruppamento di imprese.

2. Si è costituita in giudizio l'Azienda U.L.S.S. n. 5, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

3. Si è parimenti costituita in giudizio Istar, rassegnando analoghe conclusioni.

4. Con ordinanza n. 454 dd. 7 luglio 2010 la Sezione ha accolto la

domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati, rilevando “che nella ... fase di sommaria delibazione della fattispecie il ricorso in epigrafe appar(iva) fondato avuto riguardo, in via assorbente, alla censura di violazione dell’art. 38 del D.L.v o 12 aprile 2006 n. 163 e che, comunque, nelle more della pubblica udienza di trattazione del merito di causa (sin d’ora fissata per il 25 novembre 2010, ore 10.00) i servizi resi oggetto di gara ... (potevano) essere interinalmente espletati dall’appaltatore uscente”.

Con ordinanza n. 4281 dd. 16 settembre 2010 tale statuizione cautelare è stata confermata dalla Sezione V del Consiglio di Stato, la quale – a sua volta – ha in tal senso “considerato che il pregiudizio dedotto per il mancato svolgimento del servizio in favore dell’AULSS 6 di Vicenza e dell’AULSS 4 Alto Vicentino appare temperato dallo svolgimento del servizio in favore dell’AULSS 5 Ovest Vicentino e dalla imminente trattazione del merito del ricorso, il cui esito è conoscibile tramite la pubblicazione del dispositivo, subito dopo la celebrazione dell’udienza”.

5. Con ulteriori memorie tutte le parti hanno insistito per l’accoglimento delle rispettive tesi.

6. Alla pubblica udienza del 25 novembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

7.1. Tutto ciò premesso il Collegio reputa che l’apprezzamento di fondatezza del ricorso, espresso in sede di trattazione cautelare della causa, debba essere rimeditato e che l’impugnativa proposta da Communitas debba essere respinta.

7.2. In effetti, l'art. 2, punto 3, lett. c) del disciplinare di gara dispone che il plico recante la documentazione di gara di ciascun concorrente deve contenere, per quanto qui segnatamente interessa, *“l'elenco (indicandone luogo e nascita) dei soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) (del D.L.vo 163 del 2006) cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente bando di gara, ovvero dichiarazione che non ci sono soggetti cessati dalla carica nel suddetto periodo”* (cfr. doc. 8 di parte ricorrente); e, in tal senso, consta pure che il dott. Olivo Viviani, nella sua qualità di amministratore delegato e legale rappresentante di Istar, ha espressamente dichiarato, ai fini della partecipazione della gara per cui è qui causa, *“sotto la propria responsabilità ... pienamente consapevole della responsabilità penale cui va incontro, ai sensi e per gli effetti dell'art. 76 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 4455 in caso di dichiarazioni mendaci o di formazione, esibizione o uso di atti falsi ovvero di atti contenenti dati non più rispondenti a verità ... che”*, oltre alla sua persona e a quella del proprio socio Francesco Carboni Del Ben, *“non ci sono soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara”*: e ciò, pur a fronte della circostanza che dalla visura camerale storica di Istar consta l'avvenuta cessazione in data 28 gennaio 2008 dalle cariche di presidente del consiglio di amministrazione e di membro del consiglio medesimo di tale Società del Sig. Ferruccio Cervato, rimasto pertanto in carica sino a poco più di un anno prima dell'indizione della gara per cui è ora causa.

Consta pure, peraltro, dal certificato generale del casellario giudiziale che a nome del medesimo Sig. Ferruccio Cervato non risultano

condanne di sorta (cfr. doc. 15 di parte resistente).

Ciò posto, il Collegio non sottace che, fermo restando quanto previsto dall'art. 76 del D.P.R. 445 del 2000 in ordine all'applicazione delle conseguenti sanzioni penali, qualora dal controllo della dichiarazione sostitutiva resa dall'interessato emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione medesima, il dichiarante decade dai benefici eventualmente discendenti dal provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera (cfr. art. 75 D.P.R. 445 cit.) e che tale conseguenza espressamente comminata dalla legge e applicabile anche al caso di specie (cfr., ad es., T.A.R. Piemonte, Sez. II, 15 aprile 2010 n. 1898 e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 2 luglio 2009 n. 4257) di per sé toglierebbe valenza all'assunto della controinteressata secondo il quale la *lex specialis*, di per sé, non dispone l'esclusione dei ricorrenti in presenza di dichiarazioni inesatte, ma soltanto laddove manchino *tout court* le dichiarazioni contemplate ai punti da 2.1 a 2.11 della lettera di invito, a loro volta non menzionanti la dichiarazione per cui è causa (cfr. pagg. 4 e 5 lettera invito cit., doc. 9 di parte ricorrente).

Né il Collegio sottace che, secondo un'interpretazione rigorista della giurisprudenza l'omessa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 giustifica *ex se* l'esclusione da una procedura ad evidenza pubblica (cfr., ad es., Cons Stato, Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3742), trattandosi di circostanza che assume intrinsecamente una valenza autonoma e che incide sulla moralità professionale del concorrente (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III-

quater, 27 agosto 2009 n. 8304); e, del resto, nella stessa determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 1 dd. 12 gennaio 2010 parimenti si afferma che *“l'aver reso false dichiarazioni sul possesso dei requisiti e delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara integra ... una causa autonoma di esclusione”*.

Nondimeno, la giurisprudenza ha in epoca più recente assunto un indirizzo diverso, evidenziando innanzitutto che il concetto di *“falso”*, così come desunto nell'ordinamento vigente dal codice penale, si configura quale attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera, con la conseguenza che il *“falso”* medesimo non può essere meramente colposo, ma deve essere doloso (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2009 n. 4504) e, in una fattispecie omologa alla presente, che *“in coerenza con la ratio che anima la disciplina in subiecta materia, è oggetto di stigmatizzazione il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il dipanarsi della procedura competitiva”*, con la conseguenza che, pertanto, *“si deve escludere che possa assumere rilevanza, in chiave ostativa, il falso omissivo relativo all'esplicitazione di soggetti titolari di cariche rilevanti nel triennio ma non gravati da alcun precedente penale”*, trattandosi di circostanza priva di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione” (così, puntualmente, Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009 n. 829; cfr., altresì, più recentemente la decisione n. 7967 dd. 9

novembre 2010 n. 7967).

Nel caso qui in esame risulta del tutto assodato che il Cervato non ha comunque riportato precedenti penali di sorta e che, pertanto, egli comunque non ricade nelle ipotesi di esclusione contemplate dall'art. 38, comma 1, lett. c) del D.L.vo 163 del 2006; e se, dunque, l'omessa enunciazione di tale sua posizione nella dichiarazione resa dal Viviani non poteva essere preordinata a far illecitamente conseguire ad Istar un vantaggio indebito, deve concludersi nel senso dell'irrilevanza dell'omissione stessa ai fini della permanenza della medesima Istar-Saiper nella procedura di scelta del contraente.

7.3. Né può trovare accoglimento l'ordine di censure con le quali Communitas afferma che Istar-Saiper doveva essere esclusa dalla gara in quanto presentatrice di un'offerta anomala.

Communitas rimarca in tal senso che Istar-Saiper ha offerto per l'appalto di cui trattasi l'importo complessivo di € 4.336.150,00.- + I.V.A., corrispondente a € 2.639.000,00.- + I.V.A. per l'effettuazione del primo servizio e di € 1.697.150,00.- + I.V.A. per il secondo servizio, con un ribasso – quindi – del 9% rispetto al prezzo posto a base d'asta, a sua volta pari ad € 4.765.000,00.- maggiorato di I.V.A.

Nella giustificazione di tali importi Istar-Saiper ha dichiarato un complessivo utile di impresa di € 273.000,00.- nel corso dei sei anni di durata del contratto, così composto:

a) per il primo servizio, utile di impresa per le trascrizioni effettuate presso le proprie strutture: € 90.000,00.-, importo ottenuto moltiplicando il numero delle trascrizioni presunte a base di gara

(900.000) per l'utile unitario dichiarato al riguardo da Istar-Saiper (€ 0,10);

b) per il primo servizio, utile d'impresa per le trascrizioni operate presso le strutture dell'Amministrazione appaltante: € 54.000,00.-, a sua volta ottenuto dal numero presunto delle trascrizioni riportato nel bando di gara (600.000) moltiplicato per l'utile unitario dichiarato al riguardo da Istar-Saiper (€0,09);

c) per il secondo servizio, utile d'impresa per i controlli effettuati presso le proprie strutture: € 69.000,00.-, a sua volta ottenuto dal numero presunto dei controlli enunciato nel bando di gara (2.300.000) moltiplicato per il l'utile unitario dichiarato al riguardo da Istar-Saiper (€0,03);

d) per il secondo servizio, utile d'impresa per i controlli effettuati presso le strutture dell'Amministrazione appaltante: € 60.000,00.-, a sua volta ottenuto dal numero presunto dei controlli enunciato nel bando di gara (1.000.000) moltiplicato per il l'utile unitario dichiarato al riguardo da Istar-Saiper (€0,06).

Ossia: € 90.000,00 + € 54.000,00 + € 69.000,00 + € 60.000,00 = € 273.000,00.-

Per quanto attiene ai costi diversi dal personale, Istar-Saiper indica per il primo servizio un costo per la locazione dei locali pari a € 144.000,00.- , costituito da un canone di locazione di € 24.000,00.- annuo moltiplicato per 6 anni, e di € 514.000,00.- per costo per le attrezzature (rispettivamente pari ad € 250.000,00.- per le attrezzature presso la propria struttura e di € 264.000,00.- presso le strutture

dell'amministrazione appaltante): conseguentemente, i costi diversi dal personale assommerebbero ad € 658.000,00.- per il primo servizio. Per il secondo servizio, il canone per la locazione dei locali assommerebbe ad € 72.000,00.- (ossia ad € 12.000,00.- annui moltiplicato per 6 anni), nel mentre il costo per le attrezzature assommerebbe a € 160.000,00.-, di cui € 80.000,00.- per le attrezzature presso la propria struttura e € 80.000,00.- presso le strutture dell'amministrazione appaltante: conseguentemente, i costi diversi per il personale ammonterebbero ad € 232.000,00.- per il secondo servizio, e ad € 891.000,00.- (€ 650.000,00 + € 232.000,00) per entrambi i servizi.

I costi per il personale del primo servizio sono conseguentemente determinati in € 1.837.000,00.- per il primo servizio ed in € 1.269.150,00.- per il secondo servizio, e sono ricavati sottraendo, rispettivamente, dal corrispettivo offerto, l'utile d'impresa, i costi diversi e i costi del personale; ossia: € 2.369.000,00 - € 144.000,00 - € 658.000,00 = € 1.837.000,00: € 1.657.150,00 - € 129.000,00.- € 232.000,00 = € 1.269.150,00.-

Ad avviso di Communitas, fermo restando che in caso di errori nella determinazione dei costi l'extracosto determina, a seconda della sua entità, una riduzione dell'utile di impresa e, quindi, una perdita per l'impresa stessa, per il primo servizio la somma potenzialmente a disposizione per Istar-Saiper al fine di coprire i costi del personale per il primo servizio risulterebbe pari a € 1.981.000,00.-, ottenuta dalla somma di € 144.000,00.- (utile d'impresa) e dai costi specifici per il

personale (€ 1.837.000,00.-), pari ad una disponibilità finanziaria annua di € 330.166,67.- (ossia, € 1981.000,00:6 = € 330.166,67.-).

Per il secondo servizio, invece, la somma potenzialmente a disposizione per Istar-Saiper al fine di coprire i costi del personale per il primo servizio risulterebbe pari a € 1.465.000,00.-, ottenuta dalla somma di € 129.000,00.- (utile d'impresa) e dai costi specifici per il personale (€ 1.269.000,00.-), pari ad una disponibilità finanziaria annua di € 244.192,00.- (ossia, € 1.465.000,00:6 = € 244.192,00.-).

Communitas, a questo punto, prospetta la seguente metodologia di calcolo del costo effettivo del personale di Istar-Saiper.

A) Primo servizio.

Istar-Saiper adibisce allo stesso 2 operatori (responsabile capo ufficio con qualifica di II livello CCNL C.E.D. e operatore con funzioni di coordinamento con qualifica di III livello CCNL C.E.D.) per 40 ore settimanali, nonché 11,50 operatori di III livello CCNL C.E.D. per 40 ore settimanali.

Istar-Saiper ha – altresì – dichiarato di impiegare i propri operatori per un totale di 1752 ore annue ciascuno.

Il che, dunque, significa che per il primo servizio il totale delle ore lavorate assomma a 23.652 (ossia 1752 x 13,50).

B) Secondo servizio

Istar-Saiper adibisce allo stesso 2 operatori (responsabile capo ufficio con qualifica di II livello CCNL C.E.D. e operatore con funzioni di coordinamento con qualifica di III livello CCNL C.E.D.) per 40 ore settimanali, nonché 8 operatori di III livello CCNL C.E.D. per 40 ore

settimanali.

Istar-Saiper ha – altresì – dichiarato di impiegare i propri operatori per un totale di 1752 ore annue ciascuno.

Il che, dunque, significa che per il primo servizio il totale delle ore lavorate assomma a 17.520 (ossia 1752 x 10).

Istar-Saiper ha dichiarato che il costo orario del proprio personale è pari a € 16,60.

Per il primo servizio, pertanto, il costo annuo del personale sarebbe pari a $23.652 \times 16,60 = € 392.623,20,-$; per il secondo servizio, il costo annuo del personale sarebbe pari a $17.520 \times 16,60 = € 290.832,00,-$.

Se così è, quindi, in entrambi i casi verrebbe sforata la predetta disponibilità finanziaria annua, dianzi stimata per il primo servizio in € 330.166,67,- e per il secondo servizio in € 244.192,00,-.

La perdita, per il primo servizio, risulterebbe pari a € 62.456,53,- (ossia € 392.623,20 - € 330.166,67,-), nel mentre per il secondo servizio risulterebbe pari a € 46.640,00,- (ossia € 290.832,00 - € 244.192,00,-).

La perdita totale annua risulterebbe conseguentemente pari a € 109.096,53,- (€ 62.456,53 + € 46.640,00,-) e, nei sei anni di durata del contratto, pari a € 654.579,18,-.

Nondimeno – evidenza Communitas – l'Amministrazione appaltante avrebbe reputato di superare tale pur macroscopica illogicità avuto riguardo all'assunto di Istar-Saiper secondo il quale *“alcuni soci parteciperanno attivamente alla realizzazione per tramite della propria forza lavoro senza percepire uno stipendio, ma usufruendo degli utili d'impresa. Ne*

consegue che la spesa annua per coprire i costi del personale di entrambi i servizi è nettamente inferiore, quindi, alla somma disponibile per coprire i costi del personale ...”; e la medesima ricorrente – per l’appunto – reputa tale spiegazione inconsistente in quanto avrebbe il mero effetto di tagliare fittiziamente una consistente quota del costo del personale: costo che, peraltro, risulterebbe pure nella specie incompressibile, atteso che Istar S.r.l. è società di capitali di cui i soli soci risultano il dott. Olivio Viviani, amministratore unico e titolare del 99% del capitale sociale e il di lui suocero Francesco Carboni Del Ben, settantaseienne e titolare del residuo 1% del capitale, e atteso che lo statuto sociale di Istar (cfr. doc. 18 di parte ricorrente) non contempla deroghe di sorta all’art. 2464, terzo comma, c.c., con la conseguenza che il conferimento dei soci non può essere in opere, ma in danaro e che, quindi, ogni attività lavorativa da essi svolta a favore della società deve essere retribuita.

Per quanto attiene a Saiper S.a.s., essa è società di persone, le cui uniche socie sono la Signora Morena Carboni Del Ben (moglie dell’anzidetto dott. Viviani e figlia del predetto Sig. Francesco Carboni Del Ben), socia accomandataria con la titolarità del 99% del capitale sociale, e la Sig.ra Silvana Del Monte, di anni 73, socia accomandante con la titolarità del residuo 1% del capitale sociale.

In tale contesto Communitas reputa, pertanto, che la sola persona che possa credibilmente adibire la propria forza-lavoro senza percepire uno stipendio sia la sola Sig.ra Carboni Del Ben, con ciò dunque smentendo l’assunto di Istar-Saiper, fatto proprio dalla stessa Amministrazione, per cui più soci adibirebbero senza retribuzione la

propria attività lavorativa all'interno delle due imprese; e risulterebbe, pertanto, del tutto intuitivo che tale attività della Carboni Del Ben comunque non potrebbe, se considerata per se stante, garantire un calo della spesa per il personale tale da rendere effettivamente remunerativa per la medesima Istar – Saiper l'assunzione del servizio di cui trattasi.

7.4. Il Collegio, per parte propria, evidenzia che a' sensi dell'art. 86, secondo comma, del D.L.vo 163 del 2006, la stazione appaltante neppure era tenuta nella specie ad esperire la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, in quanto il criterio applicato era quello dell'offerta economica più vantaggiosa e i punti relativi al prezzo e agli altri elementi di valutazione non eccedevano i quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Comunque sia, la tesi di Communitas muove dal presupposto che il costo effettivo del personale di Istar-Saiper si ricavi moltiplicando il numero delle ore di lavoro annue per il costo orario del personale medesimo: costo che, viceversa, va considerato *ab initio* come depurato dal diretto apporto dei soci, potenzialmente totalitario in quanto entrambe le imprese sono familiari, a' sensi e per gli effetti dell'art. 230-bis c.c.

In tal senso, quindi, Istar-Saiper ha potuto comprovare che il costo del personale annuo assomma per il primo servizio ad e 316.369,00.- e per il secondo servizio ad € 220.630,00.-: il che, dunque, consente – a differenza di quanto sostenuto da Communitas – di ricavare, mediante la sottrazione di tali importi dalle somme a disposizione per

i rispettivi servizi, di anche degli utili d'impresa; ossia:

€ 330.166,67 - € 316.623,20 = € 15.343,47.- per il primo servizio; € 244.192,00 - € 220.630,00 = e 23.562,00 per il secondo servizio.

Né va sottaciuto che Istar-Saiper hanno illustrato nei propri chiarimenti indirizzati alla stazione appaltante che era previsto nel corso dell'appalto l'ampliamento del numero dei soci-lavoratori di entrambe le società, con conseguenti, ulteriori abbattimenti dei costi e incrementi degli utili.

8. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti, dichiarando irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio, confermando a carico della parte ricorrente il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/04/2011

IL SEGRETARIO

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