



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 Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.10098 del 2010 proposto dalla spa Roma Multiservizi, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Domenico Lipani, Francesca Sbrana e Antonella Fellini presso il cui studio in Roma, Via Vittorio Colonna n.40, è elettivamente domiciliata;

contro

la Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Stefania Ceci, Antonio Baldassarre e Domenico De Falco ed elettivamente domiciliata presso la propria sede legale in Roma, Via Nazionale n.91;

nei confronti di

Ma.Ca srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano D'Ercole e Nicola Palombi ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. D'Ercole in Roma, Piazza di S. Andrea della Valle n.6;

per ottenere:

a) l'ANNULLAMENTO:

1) della nota prot.n.0784714/10 del 18 ottobre 2010, comunicata alla ricorrente in data 20 ottobre 2010, con la quale la Banca d'Italia ha disposto a favore della società odierna controinteressata, l'aggiudicazione definitiva del lotto 2 della procedura indetta per l'affidamento dei servizi di pulizia ambientale e di manutenzione tende delle filiali della BI;

2) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali.

b) la CONDANNA dell'intimata amministrazione al risarcimento dei danni subiti dalla società ricorrente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Banca D'Italia e di Maca Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2011 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara – suddivisa in quattro lotti - indetta dalla resistente amministrazione per l'affidamento dei servizi di pulizia ambientale e di pulizia e manutenzione tende delle proprie filiali, presentando, per quello che interessa la controversia in trattazione, un'offerta per il lotto n.2 e classificandosi al secondo posto della relativa graduatoria, dietro la società odierna controinteressata, cui è stato aggiudicato il suddetto lotto.

Poiché l'offerta della Ma.Ca era risultata in un primo tempo anomala, la stazione appaltante ha attivato il prescritto procedimento di verifica dell'anomalia, avvalendosi a tal fine di una società di consulenza, in esito al quale l'offerta della resistente è stata ritenuta economicamente attendibile.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione, falsa applicazione dell'art.86, del d.lgvo n.163/2006; Violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, imparzialità e terzietà della commissione, buon andamento, travisamento, sviamento. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria;
- 2) Violazione dell'art.38 del d.lgvo n.163/2006. Violazione del punto III 2.1) della lex specialis di gara. Violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, buon andamento, difetto di istruttoria, travisamento, sviamento.

Si sono costituite sia la stazione appaltante che la società aggiudicataria contestando con dovizia di argomentazioni la

fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Con ordinanza n.5222 del 6.12.2010 il Tribunale ha accolto la proposta istanza cautelare sul presupposto che le dedotte doglianze non apparivano prive di adeguato fumus specie con riferimento ai mutamenti sostanziali dell'offerta riguardanti il costo del personale.

La suddetta ordinanza è stata appellata da Ma.Ca. srl ed il Consiglio di Stato con ordinanza della Sezione sesta n.3558 del 12 gennaio 2001:

- a) ha rigettato l'appello cautelare ritenendo che “ alla stregua dei motivi dedotti non emergono elementi che, in esito a delibazione peculiare alla presente fase cautelare, possano indurre alla riforma dell'ordinanza impugnata”;
- b) ha condannato la Ma.Ca. srl al pagamento delle spese inerenti la fase cautelare.

Alla pubblica udienza del 19.4.2011 il proposto gravame è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale aveva partecipato alla gara indetta dalla Banca d'Italia per l'affidamento dei servizi di pulizia ambientale e di pulizia e manutenzione tende delle proprie filiali, presentando, per quello che interessa la controversia in trattazione, un'offerta per il lotto n.2 , ha:

- a) impugnato la determinazione con cui il citato lotto è stato

aggiudicato alla Ma.Ca, srl, che l'aveva preceduta nella graduatoria concorsuale;

b) chiesto la condanna della resistente amministrazione al risarcimento dei danni.

Con il primo profilo di doglianza la società ricorrente ha fatto presente che l'offerta della controinteressata doveva essere esclusa immediatamente senza che fosse attivato il procedimento di verifica dell'anomalia in quanto alla luce dei giustificativi prodotti era risultato un utile negativo.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

1) sulla base della documentazione allegata l'offerta della Maca evidenziava sin da principio un utile negativo pari a 6.31%;

2) nonostante tale circostanza la stazione appaltante, pur ritenendo sottostimata l'importo di utile negativo in quanto la controinteressata aveva utilizzato per calcolare il costo della manodopera le tabelle del Ministero del Lavoro vigenti alla data del 1° gennaio 2009 invece di quelle vigenti a decorrere dal 1° giugno 2009, ha chiesto alla Maca:

2a) di indicare ai sensi dell'art.2 del DM 25/2/2009 gli eventuali speciali benefici di cui avrebbe goduto in materia di costo della manodopera e che potevano l'importo a tal fine indicato;

2b) di produrre ulteriori informazioni concernenti il costo dei macchinari, dei prodotti chimici da impiegare, dei materiali di consumo ed infine i costi di sicurezza specifici diversi da quelli individuati dalla stazione appaltante;

3) a seguito della produzione della richiesta documentazione, poichè risultava ancora una perdita di 30.000 euro, la resistente amministrazione con nota del 24/6/2010 i responsabili aziendali per acquisire ogni elemento utile ai fini della valutazione della congruità dell'offerta;

4) nel corso del suddetto incontro, tenutosi in data 6.7.2010, sono stati richiesti ulteriori chiarimenti in merito alle individuate criticità dell'offerta;

5) sulla base di tali ulteriori chiarimenti e della ulteriore documentazione prodotta, la stazione appaltante, ritenendo esaustiva la documentazione da ultima presentata al fine di dimostrare l'attendibilità economica dell'offerta, ha aggiudicato alla Maca la gara de qua.

La dedotta censura è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo il Collegio osserva che il consolidato orientamento giurisprudenziale (CS, sez.VI, n.3146/2009), anche se ha ritenuto che non sussista una percentuale di utile minimo al di sotto del quale l'offerta deve essere considerata inaffidabile, nondimeno ha sostenuto l'essenzialità della sussistenza di un utile, giungendo al punto di considerare in re ipsa inaffidabile un'offerta che presentava un utile inferiore all'1% (CS, sez.VI, n.522/2007).

La peculiarità della fattispecie in esame risiede nella circostanza che sebbene fosse stato acclarato che l'offerta della Maca presentava inizialmente un utile negativo, il cui importo era stato peraltro

sottostimato per l'utilizzo di tabelle ministeriali non corrette, la stazione appaltante, nondimeno, ha continuato il procedimento di verifica, giungendo prima a ridimensionare l'importo dell'utile negativo e da ultimo a far emergere un utile positivo.

A tal fine hanno rivestito un ruolo fondamentale l'utilizzo da parte della aggiudicataria di benefici contributivi cui non era stato fatto riferimento in sede di offerta nonché la successiva fruizione di un ulteriore e rilevante sconto del 20% praticato da un suo fornitore.

Ciò doverosamente precisato, il Collegio sottolinea che l'operato della stazione appaltante risulta in palese contrasto con la richiamata normativa in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta, avendone palesemente travisato la ratio.

Invero il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato ad assicurare che gli appalti vengano affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, visto che le acquisizioni in perdita porterebbero gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso, e questo non può che presupporre che già ab origine sussista un utile alla luce dei giustificativi presentati, e ciò anche in doverosa osservanza del principio di serietà dell'offerta.

Nella fattispecie in esame, invece, è accaduto l'opposto, in quanto il procedimento di verifica è stato utilizzato non per accertare la sussistenza di un utile anche di minore entità rispetto a quello dichiarato, bensì a far emergere un utile che formalmente non

sussisteva alla data di presentazione dell'offerta; in tale contesto, quindi, una volta che era stato appurato, già sulla base dei giustificativi prodotti e per ben due volte in sede di procedimento di anomalia, che l'offerta era in perdita la stazione appaltante doveva escludere la controinteressata.

L'aver continuato nella procedura di verifica dell'anomalia che si è risolta positivamente ha indubbiamente posto la controinteressata in una situazione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti; più in particolare l'aver fatto ricorso ai benefici contributivi per rendere economicamente sostenibile il costo della manodopera, benefici il cui utilizzo era stato sostanzialmente sollecitato in sede di verifica dell'anomalia, non può essere considerato come dovuto ad una sorta di sopravvenienza, in quanto è palese che in sede di offerta, pur sussistendo una tale possibilità, l'aggiudicataria non ne aveva tenuto conto.

Analogo discorso può essere fatto per il sopravvenuto sconto in nessun modo indicato in sede di offerta, ma venuto in essere solamente in sede di verifica dell'anomalia.

Al riguardo, pur tenendo conto che i giustificativi dei costi presentati in sede di offerta possono essere successivamente superati in senso più favorevole all'impresa interessata, nondimeno occorre tener presente che rendere ammissibile, come ha fatto la stazione appaltante, tout court tale facoltà in sede di procedimento di verifica dell'anomalia verrebbe ad avvantaggiare l'impresa in tal modo

favorita rispetto agli altri concorrenti e verrebbe ad essere in palese contrasto con il principio di serietà dell'offerta, il quale impone che il partecipante ad un pubblica gara già in sede di presentazione dell'offerta sia perfettamente consapevole dei costi e dell'utile derivante dall'aggiudicazione della gara.

Poichè è palese che l'utile nella fattispecie in esame è stato determinato dalla circostanza che la ricorrente ha previsto di utilizzare nello svolgimento della commessa personale diverso da quello che aveva pensato inizialmente di impiegare e dal successivo rilevante sconto sui materiali di consumo, concretizzatosi dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, per le ragioni di cui sopra la doglianza in questione è fondata ed il gravame va accolto con conseguente assorbimento delle altre doglianze dedotte.

Inammissibile deve essere dichiarata la proposta azione risarcitoria, in quanto, essendo stata l'aggiudicazione sospesa nelle more del giudizio, l'annullamento della stessa comporta che l'appalto de quo, sia affidato alla ricorrente, n presenza dei necessari presupposti.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 10098 del 2010, come in epigrafe proposto, accoglie la proposta azione impugnatoria e per gli effetti annulla la contestata aggiudicazione e dichiara inammissibile la

proposta azione risarcitoria.

Condanna la Banca d'Italia al pagamento a favore della società ricorrente delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 5.000,00 (Euro cinquemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2011

IL SEGRETARIO

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