

CdS, sezione quinta, sentenza n. 5530 dell'11 novembre 2014

Dimostrazione dei requisiti – Valutazione del servizio analogo e non identico a quello oggetto di gara

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1400 del 2014, proposto da:
Tortora Guido S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio eletto
presso in Roma,

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro p.t., -
Provveditorato Interregionale alle OO.PP.Campania-Molise, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui Uffici, ope legis, domicilia in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

Comune di Casoria, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.
....., con domicilio eletto presso in Roma,; Ecologia Italiana Srl,
rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma,
via

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 05081/2013,
resa tra le parti, concernente affidamento servizio di smaltimento dei rifiuti di natura
organica - ris. danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Alle Oo.Pp.Campania-Molise e di Comune di Casoria e di Ecologia Italiana Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2014 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati, avvocato dello stato su delega dell'avvocato

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Casoria, tramite delega al Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania - Molise, indiceva una procedura aperta finalizzata all'aggiudicazione, per il periodo di un anno, del servizio di smaltimento di rifiuti di natura organica provenienti da raccolta differenziata.

Alla gara partecipavano due imprese: la Guido Tortora s.r.l. e la Ecologia Italiana s.r.l.. All'esito della presentazione delle offerte e della successiva procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, risultava aggiudicataria la Ecologia Italiana s.r.l., con un punteggio complessivo di 97,65, come specificato nel provvedimento dell'ente delegato dal Comune di Casoria n. 2230 del 28 gennaio 2013.

In data 29 gennaio 2013, con provvedimento del dirigente del 6° settore del Comune di Casoria, veniva affidato anticipatamente il servizio alla Ecologia Italiana s.r.l. al fine di garantirne la fruizione alla cittadinanza senza soluzione di continuità, a causa della contestuale scadenza del precedente rapporto contrattuale.

La Guido Tortora s.r.l. con ricorso dinanzi al T.A.R. per la Campania chiedeva l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, fra gli altri, del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, degli atti inerenti alla verifica dell'anomalia dell'offerta, nonché del provvedimento di affidamento anticipato del servizio alla Ecologia Italiana s.r.l.

Il giudice di primo grado respingeva la domanda cautelare con ordinanza n. 507 del 2013, avverso la quale veniva proposto appello: in data 15 maggio 2013, con ordinanza n. 1760, questa Sezione respingeva l'appello, ordinando al T.A.R. per la Campania la celere fissazione dell'udienza di trattazione di merito.

Con il presente gravame l'appellante impugna la sentenza n. 5081 dell'11 novembre 2013, con cui il T.A.R. per la Campania ha rigettato, nel merito, le censure sollevate in primo grado.

L'appello è affidato a due motivi, relativi all'erroneo convincimento del giudice di prime cure in relazione, in primo luogo, al possesso, da parte della controinteressata, di un requisito previsto nel bando di gara ed, in secondo luogo, alla verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Ecologia Italiana s.r.l.. Inoltre, con il presente gravame parte appellante ripropone sia un'ulteriore censura, ritenuta assorbita dal T.A.R. Campania ed afferente all'illegittimità dell'anticipata immissione in servizio dell'aggiudicataria, sia un'istanza risarcitoria per il danno patito.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Casoria, la controinteressata Ecologia Italiana s.r.l. ed il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania - Molise, chiedendo il rigetto dell'appello e l'integrale conferma della sentenza impugnata.

Chiamata all'udienza pubblica del 14 ottobre 2014, la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con un primo motivo di ricorso, la Guido Tortora s.r.l., impugna la sentenza del T.A.R. Campania per non aver rilevato il mancato possesso da parte della controinteressata, di uno dei requisiti previsti dal bando di gara. In particolare, l'art. 9 lett. g) del disciplinare prevedeva l'obbligo per i partecipanti di dichiarare "di aver svolto, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, regolarmente e con buon esito servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto per un importo complessivo non inferiore a quello a base d'appalto".

Secondo l'appellante, l'aggiudicataria non avrebbe rispettato detto requisito sotto diversi profili: in primo luogo, essa avrebbe presentato una documentazione attinente ad un servizio di smaltimento di rifiuti del tutto diversi, per tipologia e trattamento, rispetto a quelli oggetto dell'appalto e che dunque non poteva essere considerato come servizio analogo allo smaltimento di rifiuti di natura organica provenienti da raccolta differenziata. In secondo luogo, la dichiarazione fornita dalla Ecologia Italiana s.r.l. sarebbe inidonea a certificare il buon esito dei servizi resi: infatti, la scheda contabile relativa ai servizi dichiarati, avrebbe dovuto essere integrata dalle fatture emesse in relazione agli stessi.

Il motivo non è fondato.

Al riguardo risulta opportuno richiamare quanto correttamente è stato affermato dal giudice di primo grado. Per quanto concerne il primo profilo di doglianza sollevato, infatti, la stazione appaltante, nel richiamare i "servizi analoghi" all'art. 9 lett. g) del disciplinare di gara, non ha voluto far riferimento a "servizi identici": la ratio di tale interpretazione risiede nella tendenziale ottica di apertura al mercato che deve soprintendere ad ogni procedura ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza d'altronde risulta costantemente orientata nel senso di considerare che "l'esclusione dalla valutazione, come servizio non analogo a quello oggetto della gara di appalto, di un servizio che nondimeno con quello presenti alcuni aspetti in comune [...] deve fondarsi su di una motivazione logica, puntuale e ragionevole,

coerentemente del resto alla finalità che giustifica la richiesta ai concorrenti di una gara di appalto di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici, ma solo analoghi a quelli oggetto dell'appalto, finalità rintracciabile nell'acquisizione da parte dell'amministrazione appaltante dell'adeguata conoscenza della precedente attività svolta dai concorrenti e nella conseguente possibilità di apprezzare, in concreto, la loro specifica attitudine alla effettiva, puntuale e compiuta realizzazione delle prestazioni oggetto della gara, costituendo le precedenti esperienze significativi elementi sintomatici in tal senso" (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014 n. 1668; id., sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437).

Pertanto, risulta corretto affermare che per "servizi analoghi" vadano intesi quelli attinenti allo stesso settore dell'appalto da aggiudicare, ma concernenti, in riferimento allo specifico oggetto della procedura, tipologie diverse ed eterogenee. Quanto al secondo profilo di censura, va innanzitutto richiamato l'art. 42 co. 3-bis del d.lgs 12 aprile 2006 n. 163, secondo cui "le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 6-bis del presente Codice [...] la certificazione attestante le prestazioni di cui al comma 1 lettera a) del presente articolo". In secondo luogo, ai sensi dell'art. 48 del Codice dei Contratti, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante può ottenere la prova documentale dei requisiti dichiarati.

Le richiamate disposizioni consentono agli operatori economici, in un'ottica di semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa, di fornire alla stazione appaltante la scheda contabile, quale idonea dichiarazione finalizzata alla prova dei requisiti inerenti allo svolgimento dei servizi oggetto dell'appalto. In ogni caso, qualora l'ente aggiudicatore dovesse ritenerlo opportuno o necessario ai fini della definizione della gara, può chiedere un'integrazione della documentazione contabile fornita.

Nel caso di specie, pertanto, deve affermarsi la piena regolarità e legittimità dell'operato di Ecologia Italiana s.r.l. la quale, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti sanciti nell'art.9 lett. g) del disciplinare di gara, ha fornito, dapprima, una scheda contabile e, in sede di verifica ex art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, l'elenco delle fatture emesse in occasione dell'esecuzione dei servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto.

2. Parte appellante censura la decisione del T.A.R. per la Campania anche in merito alle statuizioni relative agli atti del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria: in effetti, la Guido Tortora s.r.l. afferma che la verifica dell'offerta avrebbe dovuto condurre all'esclusione della Ecologia Italiana s.r.l., in virtù di tre considerazioni: in primo luogo, il bando di gara prevedeva, a pena di esclusione, l'applicazione del CCNL dell'area nettezza urbana e non quello dell'area tessile, di gran lunga più favorevole rispetto al primo; in secondo luogo, la controinteressata avrebbe fornito un calcolo del costo medio orario del lavoro non comprensiva di alcuni oneri contributivi e retributivi; in terzo luogo, il costo orario fornito in sede di giustificazione dalla Ecologia Italiana s.r.l., sarebbe rapportato ad un tempo di impiego del personale inferiore rispetto a quello previsto nell'offerta tecnica.

Il motivo non è fondato.

Viene in rilievo, al riguardo, la disposizione contenuta nell'art. 9 lett. i) del disciplinare di gara secondo cui il concorrente “dichiara di aver formulato l'offerta tenendo conto degli obblighi derivanti dall'applicazione del CCNL di categoria e di impegnarsi al rispetto del medesimo per tutta la durata contrattuale”.

Tale disposizione, come sostenuto dal T.A.R. Campania, non dev'essere interpretata nel senso di subordinare la partecipazione alla gara, all'applicazione del CCNL del settore nettezza urbana. Il richiamo al CCNL “di categoria”, infatti, può essere relazionato all'inquadramento dei lavoratori all'interno dell'organico aziendale.

A ben vedere, questo tipo di interpretazione è coerente e si pone in sintonia con le osservazioni effettuate in relazione ai “servizi analoghi”: in effetti, la ratio sottesa alle esaminate disposizioni del disciplinare di gara è la stessa ed è individuabile nel favor participationis. Se, da un lato, si ammette la possibilità di partecipazione alla procedura, di imprese che svolgono servizi attinenti allo smaltimento di rifiuti genericamente inteso, risulterà senz’altro probabile che alla medesima procedura prendano parte imprese che, a seconda del proprio specifico oggetto sociale, applicano ai propri lavoratori CCNL di categorie differenti. Diversamente ragionando, invece, ad una procedura concernente lo smaltimento di rifiuti derivanti da raccolta differenziata, potrebbero partecipare solamente imprese che abbiano già svolto questa specifica attività e che, pertanto, applichino il solo CCNL del settore nettezza urbana: ciò determinerebbe essenzialmente una violazione dei principi cardine, nazionali ed europei, che regolano l’intera materia delle procedure ad evidenza pubblica.

In relazione agli altri profili di doglianza, giova premettere che “nella materia della impugnazione delle determinazioni amministrative in materia di valutazione delle giustificazioni in ordine alla anomalia dell’offerta, il giudice amministrativo incontra limiti assai severi che la giurisprudenza non cessa di applicare. Tra le tante pronunce di orientamento coincidente, si ricorda l’affermazione per cui il sindacato sulla discrezionalità tecnica, tipico della valutazione dell’anomalia dell’offerta, non può sfociare nella sostituzione dell’opinione del giudice a quella espressa dall’organo dell’Amministrazione, a meno che non venga considerata errata sul piano della tecnica seguita, essendo compito del giudice verificare se il potere amministrativo si sia esercitato con utilizzo delle regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza” (Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2004 n. 3500; id. sez. V, 21 settembre 2005, n. 4947).

Ciò posto, va evidenziato come la Ecologia Italiana s.r.l., in sede di chiarimenti, ha fornito, come già rilevato in primo grado, uno schema dettagliato dei tempi e dei costi del servizio offerto, nonché del numero specifico di ore necessarie a svolgerlo. In generale, può affermarsi che tali giustificazioni appaiono senz'altro conformi ai richiamati principi di ragionevolezza, logicità e congruità.

In effetti, i calcoli forniti dalla controinteressata hanno permesso all'amministrazione aggiudicatrice di quantificare in modo attendibile il valore per minuto dell'appalto da eseguire: il valore finale di 124.800 è la risultante di una media di lavoro di otto ore giornaliere, per cinque giorni settimanali, per cinquantadue settimane.

Tale parametro va considerato in relazione al suo precipuo fine di quantificare il costo del lavoro rispetto alle singole operazioni richieste: per tale motivo il mancato computo delle ore lavorative del sabato non può incidere sulla ragionevolezza del parametro sopra esposto.

All'interno del calcolo del valore considerato, non vengono computate ferie, assenze per malattie, festività e tredicesima mensilità, in quanto, come giustamente affermato dal giudice di prime cure, "il prospetto dei dipendenti allegato ai verbali di gare prevede un generico costo annuo, comprensivo anche di voci di costo ulteriori rispetto al trattamento di base" (pag. 8 sentenza appellata).

In definitiva, non può essere condiviso l'assunto di parte appellante circa la conformità, alle prescrizioni del bando di gara, dell'offerta della Ecologia Italiana s.r.l., che ha analiticamente e ragionevolmente giustificato la propria offerta in sede di verifica ex art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

3. Parte appellante censura, infine, il mancato esame del terzo motivo di ricorso in primo grado, ritenuto assorbito dal T.A.R. Campania: la Guido Tortora s.r.l. ritiene che vi sarebbe stato, con l'emanazione del provvedimento del dirigente del 6° settore del Comune di Casoria, datato 29 gennaio 2013, un illegittimo affidamento

anticipato del servizio, in violazione delle disposizioni di cui all'art. 11 commi 9 e 10 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

L'assunto non può essere condiviso.

Innanzitutto va ribadito quanto affermato in primo grado dal T.A.R. Campania, per cui, stante il rigetto delle doglianze relative al giudizio di congruità dell'offerta, il Collegio non dovrebbe esaminare le censure inerenti all'affidamento anticipato del servizio: tale analisi, infatti, riguarderebbe il momento relativo all'esecuzione del contratto, che si colloca in una fase posteriore e diversa rispetto alla selezione del miglior contraente. Pertanto, sancita la regolarità di quest'ultima fase, la verifica sul momento dell'affidamento del servizio non potrebbe ripercuotersi sul provvedimento di aggiudicazione definitiva, evidenziando, in ultima analisi, una carenza di interesse per l'appellante all'esame della censura.

Giova, in ogni caso, evidenziare che dal provvedimento del dirigente del 6° settore del Comune di Casoria del 29 gennaio 2013, risultano in modo chiaro i motivi di preminente interesse pubblico che giustificano l'esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara, in conformità a quanto previsto nell'art. 11 co. 9 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

4. Per quanto sopra esposto e data l'impossibilità di configurare alcuna voce di danno patito dall'appellante, deve essere, altresì, rigettata l'istanza risarcitoria avanzata dalla Guido Tortora s.r.l..

5. Ne consegue il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

6. La particolarità della vicenda induce il Collegio a compensare integralmente fra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2014

IL SEGRETARIO

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