



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4126 del 2011,
proposto da:
MONTECO S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e
difesa dall'avv. Rodolfo Barsi, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma,
via Laura Mantegazza, n.24;

contro

COMUNE DI CISTERNINO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e
difeso dall'avv. Fabiano Amati, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via
Cosseria, n. 2;

nei confronti di

GIALPLAST S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e
difesa dall'avv. Angelo Vantaggiato, con domicilio eletto presso Studio Legale
Lenoci in Roma, via Cola di Rienzo, n. 271;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, Sez. III, n. 807 del 5 maggio 2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO RACCOLTA RIFIUTI URBANI;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cisternino e di Gialplast Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Lofoco, per delega dell'Avv. Barsi, Orofino, per delega dell'Avv. Amati, e Vantaggiato;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

PREMESSO CHE

a) con la sentenza n. 807 del 5 maggio 2011 il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. III, ha respinto il ricorso proposto dalla società Monteco s.r.l. avverso la determinazione n. 631/243 tec. del 17 settembre 2010 del responsabile del servizio del Settore amministrativo – Ufficio contratti del Comune di Cisternino di aggiudicazione definitiva del “servizio di raccolta, trasporto, conferimento ai centri di smaltimento dei rifiuti urbani e degli assimilati, recupero delle frazioni di raccolta differenziata, gestione spazzamento strade e servizi complementari” per ventiquattro mesi alla società GialPlast s.r.l., ritenendo infondate le censure di violazione della lex specialis del bando di gara, eccesso di potere nella configurazione del travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta e violazione del D. Lgs. 163/2006 specialmente rivolte a contestare l'omessa esclusione dalla gara dell'aggiudicataria per incongruità della relativa offerta, nonché per incompletezza della stessa sotto svariati profili;

- b) la società Monteco s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, riproponendo le censure svolte in primo grado, a suo avviso superficialmente esaminate ed ingiustamente respinte con motivazione carente e approssimativa, relative all'inammissibilità delle giustificazioni dell'offerta dell'aggiudicataria quanto ai tre addetti amministrativi ed al costo di alcune attrezzature (cassonetti per il centro raccolta); all'inammissibile sottoposizione a ribasso anche degli oneri di sicurezza; all'incompletezza della dichiarazione di cui al mod. D dell'offerta (concernente l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento posseduto per eseguire l'appalto); alla mancata sottoscrizione, richiesta a pena di esclusione, dell'allegato 1 all'offerta tecnica "cartografia progettuale" da parte del legale rappresentante; all'omessa considerazione da parte dell'offerta dell'aggiudicataria del servizio di potatura, espressamente richiesto dall'art. 22 GSA nonché all'illegittima introduzione da parte della commissione di gara di subcriteri di valutazione delle offerte (per "utilizzo dei cassonetti nuovi in sostituzione di quelli previsti dall'art. 21 del capitolato"), non previsti nel bando di gara e non noti ai concorrenti; l'appellante ha altresì chiesto l'annullamento del contratto eventualmente stipulato e la condanna al risarcimento del danno nella misura del 10% dell'importo contrattuale rapportato all'intero periodo contrattuale nel caso in cui non fosse stata possibile la reintegrazione in forma specifica e limitatamente al periodo già trascorso nel caso di annullamento del contratto;
- c) la società Gialplast s.r.l. ha dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, chiedendone il rigetto ed illustrando con apposita memoria le proprie difensive: in particolare, poi, nel corso della discussione orale il suo difensore ha depositato una memoria tecnica, redatta in vista del giudizio di primo grado, illustrativa della congruità e dell'affidabilità dell'offerta presentata;
- d) anche il Comune di Cisternino ha resistito all'appello, depositando atti ed insistendo per il suo rigetto;

RILEVATO CHE:

e) come emerge dalla documentazione in atti, l'amministrazione appaltante con nota prot. n. 10837 del 15 luglio 2010 ha chiesto ulteriori precisazioni, quanto all'offerta presentata dall'aggiudicataria, circa "...i costi amministrativi e generali per €. 26.116,00 e se gli stessi siano riconducibili e, in quale entità, ai tre addetti amministrativi come riportati a pag. 12 delle giustificazioni e a pag. 93 dell'offerta tecnica – relazione generale”;

f) l'aggiudicataria Gialplast s.r.l. ha riscontrato tale richiesta con la nota prot. 902/10 del 19 luglio 2010, evidenziando che: 1) la pianta organica prevista dell'appalto era costituita da 6 autisti e 7 operatori, per un totale di 13 addetti; 2) per i servizi indiretti, di supporto e generali erano state indicate nell'offerta, al di fuori della pianta organica, tre figure “non operative” (genericamente presentate come “addetti amministrativi”) per lo svolgimento delle funzioni di: servizi indiretti, quali ad esempio quelli legati alle attività di comunicazione e supporto nella gestione dei clienti; servizi di supporto nella gestione dei dati caratteristici del servizio, monitoraggio e gestione formulari; supporto nella gestione del personale e sicurezza; gestione delle infrastrutture; gestione dei contratti ed amministrazioni; servizi generali; 3) ai fini della stima del loro impegno era stato ipotizzato per la “fase migliorativa” un impegno part – time (da valutare successivamente un loro maggior impegno nello “scenario evoluto” con obiettivo 63,5% che avrebbe reso necessario un maggior apporto dei servizi indiretti e di supporto); 4) il costo dei predetti addetti amministrativi, complessivamente pari a circa €. 70.000 all'anno rientrava all'interno delle seguenti voci di costo: costi indiretti €. 33.266; servizi a corpo €. 10.000; costi amministrativi e generali €. 26.116;

CONSIDERATO CHE:

g) secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti

dell'offerta in itinere, mirando piuttosto a verificare la serietà di un'offerta consapevole, già formulata ed immutabile, con conseguente inammissibilità di quelle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta che, invece, non è stata adeguatamente meditata, risultano tardivamente finalizzate ad un'allocazione dei costi diversi rispetto a quella originariamente indicata (C.d.S., sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451; 12 luglio 2010, n. 4483), non essendo neppure consentito la immotivata rimodulazione di voci di costo al solo scopo di far quadrare i conti, al fine cioè di assicurare che il prezzo complessivo offerto resti immutato, superando le contestazioni della stazione appaltante su alcune voci di costo (C.d.S., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759): del resto nella valutazione di congruità dell'offerta, esplicazione paradigmatica di valutazioni tecniche e perciò sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può essere considerata quell'offerta in relazione alla quale si registri una trasmigrazione dei costi da una voce all'altra (C.d.S., sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451);

h) le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria non sono conformi ai ricordati indirizzi giurisprudenziali, sia con riferimento al costo dei tre addetti amministrativi, originariamente non considerato e inammissibilmente coperto in sede di giustificazioni con ricorso a somme appostate in voci eterogenee e riguardanti altri costi (di cui non è dato diversamente comprendere la idoneità nella originaria formulazione dell'offerta), sia con riferimento alla stessa (generica) indicazione quali servizi indiretti e di mero supporto delle funzioni da svolgersi dai predetti addetti (servizi che, invece, risultano del tutto pertinenti ed indispensabili per il corretto ed adeguato espletamento del servizio oggetto di appalto);

i) non sono idonee a fugare i vizi evidenziati le considerazioni contenute nella memoria tecnica prodotta dal difensore dell'appellata Gialplast s.r.l. all'udienza di

discussione, trattandosi in sostanza della mera riproposizione delle giustificazioni dell'offerta ed irrilevante essendo la circostanza dell'avvenuto avvio del servizio;

j) la fondatezza dell'esaminato motivo di gravame è di per sé sufficiente a determinare l'illegittimità dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore della Gialplast s.r.l., il che, se da un lato esime la Sezione dall'esame degli ulteriori motivi di gravame, impone la decisione sulla proposta domanda di risarcimento del danno, sia in forma specifica, che per equivalente;

CONSIDERATO al riguardo CHE:

k) deve essere accolta la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato in data 15 dicembre 2010, con decorrenza 1° gennaio 2011, in quanto:

k1) esso ha avuto esecuzione solo per il periodo 1° gennaio - 1° febbraio 2011, essendo stato successivamente sospeso, come dedotto dall'appellante nelle proprie difese, senza che sul punto vi sia stata alcuna contestazione da parte degli appellati;

k2) non sono stati adottati, né risultano altrimenti, motivi o elementi di fatto ostativi al subentro nel predetto servizio della società appellante che, peraltro ha già svolto il servizio in questione fino al 31 dicembre 2010; k3) non sono stati adottati, né sono emersi, particolari interessi pubblici che impongano o consiglino il prosieguo del contratto con l'aggiudicataria e/o che ostino al subentro della

Monteco s.r.l.; k4) la illegittimità rilevata, che ha determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, non comporta l'obbligo di rinnovazione della gara; k5) ai fini del subentro della predetta Monteco s.r.l. nel contratto in questione può essere

fissato il termine massimo di trenta giorni dalla comunicazione ovvero dalla notifica, se precedente, della presente sentenza, per l'espletamento di tutti i

necessari adempimenti;

l) deve essere altresì accolta anche la domanda di risarcimento del danno per equivalente, per il periodo dal 1° gennaio 2011 fino alla data dell'effettivo subentro

nel contratto di cui al precedente punto k5, atteso, per un verso, che l'amministrazione appaltante non ha neppure indicato elementi idonei ad escludere o limitare la propria responsabilità (quest'ultima potendo essere correttamente ascritta alla c.d. colpa d'apparato) e, per altro verso, che non è neppure dubitabile la sussistenza del nesso di causalità tra l'illegittimità dell'atto di aggiudicazione ed il danno derivato dal mancato conseguimento dell'appalto da parte della società appellante, non solo in termini di utilità economiche non percepite, ma anche di ulteriori utilità (acquisizione di ulteriore capacità ed esperienze professionali, affidabilità, etc.);

m) quanto alla liquidazione di tale danno, complessivamente e genericamente richiesto dall'appellante nella misura del 10% dell'importo contrattuale, senza alcuna specificazione e senza alcuna prova delle singole voci di danno, la Sezione, in mancanza di qualsiasi elemento ricavabile dagli atti di causa sul contenuto dell'offerta economica dell'appellante stessa e tenuto conto invece che dalle giustificazioni dell'offerta dell'aggiudicataria quest'ultima aveva indicato un utile dell'8,17% sui costi operativi, ritiene di poterne determinare la misura equitativamente in ragione del solo mancato utile, nella misura percentuale del 4% dei costi operativi risultanti dall'offerta della Monteco s.r.l. (da accertarsi dalla stessa amministrazione appaltante in contraddittorio con la predetta Monteco s.r.l.), anche in virtù del limitato periodo temporale cui esso si riferisce;

RITENUTO in definitiva che l'appello deve essere accolto, nei sensi e nei limiti indicati deve essere accolto e che le spese seguono come di norma la soccombenza;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Monteco s.r.l. avverso la sentenza n. 807 del 5 maggio 2011 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione

staccata di Lecce, sez. III, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla stessa Monteco s.r.l. ed annulla il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore della GialPlast s.r.l.; dichiara altresì inefficace il contratto stipulato il 15 dicembre 2010, con decorrenza 1° gennaio 2011, tra la stazione appaltante e la GialPlast e dichiara il diritto della Monteco s.r.l. al subentro nel predetto contratto, sotto le condizioni di legge, entro 30 giorni dalla comunicazione ovvero dalla notifica, se anteriore, della presente decisione; condanna il Comune di Cisternino al risarcimento in favore della Monteco s.r.l. del danno per equivalente nella misura indicata in motivazione. Condanna in solido il Comune di Cisternino e la società GialPlast s.r.l. al pagamento in favore della società Monteco s.r.l. delle spese del doppio grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 6.000,00 (seimila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2011

IL SEGRETARIO

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