

N. 03563/2012REG.PROV.COLL.

N. 00228/2011 REG.RIC.



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

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2011, proposto da:
Unione dei Comuni del Basso Biferno, rappresentata e difesa dall'avv. Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Coop.Soc.Cultura e Solidarietà Per Lo Sviluppo-Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso Giuliano Di Pardo in Roma, piazza Barberini, 52;

nei confronti di

Tekneko Sistemi Ecologici Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Elena Guiducci, Giuseppe Ruta, con domicilio eletto presso Giuseppe Ruta in Roma, piazza della Libertà, 20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MOLISE - CAMPOBASSO: SEZIONE I n. 01561/2010, resa tra le parti,
concernente APPROVAZIONE DEL CAPITOLATO SPECIALE PER APPALTO SERVIZIO DI
RACCOLTA DIFFERENZIATA DI RIFIUTI URBANI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Coop.Soc.Cultura e Solidarietà Per Lo Sviluppo-Onlus e di Tekneko Sistemi Ecologici Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore, Manzi, per delega dell'Avv. Di Pardo, e Petretti, per delega dell'Avv. Guiducci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 3.12.2009 l'Unione dei Comuni del Basso Biferno ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto relativo al servizio di raccolta differenziata "porta a porta" dei rifiuti urbani per il territorio dell'Unione dei Comuni indicata.

Hanno presentato domanda di partecipazione tre operatori economici: la Cooperativa cultura e solidarietà, la società Tekneko e la S. A. P. I.

La Cooperativa giungeva seconda con un distacco di soli 0.89 punti dalla Tekneko, in virtù del maggior punteggio che quest'ultima aveva conseguito con l'offerta tecnica.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva e gli atti presupposti, ivi compreso il bando di gara, la Cooperativa ha quindi proposto ricorso al TAR per il Molise, chiedendone l'annullamento per un unico articolato motivo.

Si costituiva in giudizio l'Unione dei Comuni del Basso Biferno, chiedendo il rigetto del ricorso.

Si costituiva in giudizio anche la Tekneko chiedendo parimenti il rigetto del ricorso e proponendo altresì ricorso incidentale.

Con sentenza n. 1561 del 17.11.2010, il TAR per il Molise respingeva il ricorso incidentale, accoglieva quello principale e, per l'effetto, annullava l'aggiudicazione della gara in favore della Tekneko, dichiarando l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato.

Avverso la predetta sentenza, l'Unione dei Comuni del Basso Biferno ha interposto l'odierno appello, chiedendone la riforma integrale.

Si è costituita in giudizio la Cooperativa cultura e solidarietà chiedendo la reiezione del gravame, e proponendo altresì appello incidentale avverso la sentenza nella parte in cui non ha accolto taluni profili di censura dedotti, volti all'esclusione della Tekneko dalla gara.

Si è altresì costituita in giudizio la Tekneko chiedendo l'integrale riforma della sentenza, e proponendo avverso la stessa, appello incidentale.

Con specifiche memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 7 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con l'unico, ancorché articolato, mezzo di censura l'appellante principale deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha ritenuto che l'avvalersi di una impresa subappaltatrice modifichi le caratteristiche dell'offerta tecnica, e che non sia di conseguenza sufficiente l'indicazione generica della quota parte del servizio che si intende affidare in subappalto, occorrendo necessariamente comunicare fin dall'inizio con quale soggetto giuridico verrà stipulato il contratto.

Assume, al riguardo, che in nessun punto del ricorso introduttivo proposto in primo grado la Cooperativa ha ritenuto di dolersi circa la mancata indicazione preventiva del soggetto subappaltatore e che, pertanto, sul punto vi sarebbe stata una pronuncia ultra petita.

Aggiunge, poi, che la tesi espressa dal primo giudice sarebbe comunque errata nel merito alla luce del disposto dell'art. 118, 2° comma, del Codice dei contratti pubblici.

2. La censura merita accoglimento.

2.1. Ed invero, come precisato anche dalla stessa Cooperativa nell'atto di costituzione nell'odierno giudizio di appello (cfr. pag. 17 nota n° 7), il riferimento al subappalto sarebbe rinvenibile alle pagg. 16 e 17 del ricorso introduttivo proposto in primo grado, con riguardo al procedimento di verifica dell'anomalia, al fine di contestare la congruità delle giustificazioni presentate.

Sennonché, in tale sede, la Cooperativa si limita ad asserire che " l'art. 27, lettera r), del capitolato speciale di appalto, prescrive che l'impresa dovrà impegnarsi ad eseguire il servizio solo con personale dipendente, con l'obbligo di assicurare alle maestranze il trattamento economico e normativo previsto dal CCNL del settore servizi ambientali Tale obbligo è esteso anche ad

eventuali subappaltatori La ditta Tekneko stabilisce nel proprio elaborato progettuale che il servizio sarà affidato ad una cooperativa sociale, proponendo come servizio migliorativo Per questa e per altre proposte.... la ditta riceve punteggi riportati nei verbali di gara...La Tekneko non fornisce un dettaglio economico della voce di spesa imputata al subappalto a cooperative sociali, bensì un importo forse forfetario indicato a pag. 12 della Relazione Economica allegata alla propria offerta economica" aggiungendo che " ... il servizio di raccolta dell'organico riguarda una delle frazioni di rifiuto previste dal Capitolato di Appalto nell'allegato A) — NORME TECNICHE, pag 20, non può considerarsi un servizio accessorio"

Dopo aver richiamato il disposto dell'art.86, comma 3 bis, D. Lgs. n.163/06, integralmente trascritto, la Coop. Rassegna poi la seguente conclusione: "E' evidente che l'offerta della ditta Tekneko proprio sotto il profilo della giustificazione dei costi del personale sia chiaramente incongrua".

Tanto permesso, osserva il Collegio come non sia dato evincere, nel ricorso introduttivo, una formale e specifica censura in qualche modo assimilabile a quella positivamente deliberata in sentenza, con riguardo sia al presunto carattere lacunoso della dichiarazione di subappalto, sia ai ritenuti effetti esiziali che tale dichiarazione produrrebbe sulla partecipazione alla gara dell'aggiudicataria.

In nessun modo, infatti, viene dedotta la mancata indicazione preventiva del soggetto subappaltatore per valutarne l'idoneità tecnica e morale né, tantomeno, richiesta la conseguente esclusione della Tekneko dalla gara per tale motivo.

Ne consegue, pertanto, l'erroneità della sentenza appellata per aver accolto un motivo di gravame in realtà non formalmente né sostanzialmente formulato.

2.2. La tesi espressa dal primo giudice, è comunque errata nel merito.

Ed invero l'art 118, 2° comma n. 1), D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, prevede espressamente la possibilità di affidare in subappalto o in cottimo a condizione che «i concorrenti all'atto dell'offerta ... abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo».

Non v'è alcun dubbio, quindi, che è del tutto conforme a legge la dichiarazione del concorrente il quale si limiti genericamente ad affermare di voler subappaltare talune lavorazioni nel massimo consentito

dalla legge, senza la necessità di riportare immediatamente nella dichiarazione stessa i dati identificativi del subappaltatore.

Infatti, è rimandata al momento della costituzione del rapporto contrattuale l'individuazione dei subappaltatori, nonché la specificazione della loro qualificazione e del possesso dei requisiti generali di partecipazione.

Del resto, già prima dell'entrata in vigore del Codice degli Appalti, l'Autorità di Vigilanza, con deliberazione in data 9.8.2000 (pure riportata in sentenza), ha rilevato che risulta abolito l'onere della preventiva indicazione dei nominativi dei subappaltatori potenziali, mentre permane solo l'onere di indicazione, all'atto dell'offerta, dei lavori o delle parti di opere che si intendono subappaltare.

Né risulta pertinente il precedente richiamato nella gravata sentenza, in quanto relativo al settore dei lavori pubblici (e non dei servizi) "per i quali l'offerente non possessa la qualificazione obbligatoriamente prevista dal bando"

Nel caso di specie, invero, la dichiarazione di subappalto non è preordinata "al fine di integrare i requisiti di capacità tecnico - organizzativa prescritti a pena di esclusione", sicché viene in ogni caso meno la necessità che la dichiarazione di subappalto contenga "... i dati identificativi del subappaltatore ed essere accompagnata dalla dichiarazione circa il possesso della prescritta qualificazione".

Non senza considerare, da ultimo, che nel precedente invocato dal TAR, la sanzione della esclusione trovava fondamento nel disposto dell'art.16 del disciplinare di gara, nel senso che per le categorie scorporabili o subappaltabili a "qualificazione obbligatoria" la dichiarazione generica di avvalersi del subappalto o del cottimo "comporta la esclusione del concorrente dalla procedura di gara per la mancanza dei requisiti di ordine tecnico- organizzativo se non viene specificata la categoria di lavori da subappaltare" (pag. 15 sentenza appellata).

Nel caso di specie, viceversa, non si tratta di una gara di lavori con precise preclusioni sulle qualificazioni e sui subappalti in relazione a categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, e Tekneko ha dimostrato la propria capacità tecnico - organizzativa per l'importo totale e la globalità dei servizi da appaltare e, pertanto, il subappalto non va a colmare lacune di idoneità su requisiti tecnico - organizzativi od economico - finanziari richiesti dalla lex specialis di gara.

Ne consegue che la mancata indicazione dei soggetti subappaltatori non può comportare la esclusione del concorrente, in assenza di una espressa previsione della *lex specialis* di gara o di una espressa indicazione normativa.

Sotto altro profilo, il TAR ha poi erroneamente ritenuto che la mancata indicazione dei nominativi dei subappaltatori abbia pretermesso l'amministrazione dalla possibilità di valutarne la idoneità morale e tecnica.

Al riguardo, va infatti osservato che ai sensi dell'art. 118 d.lgs 163/2006 l'affidatario prima di poter procedere con il subappalto deve consegnare all'amministrazione, oltre alla copia del contratto di subappalto, anche le dichiarazioni afferenti alla idoneità morale e tecnica del subappaltatore .

Il legislatore, dunque, nell'ambito del predetto articolo ha individuato tempi e modalità per lo svolgimento dei doverosi controlli sul subappaltatore, controlli che per espressa previsione sono affidati alla fase di esecuzione del contratto e non alla fase precedente di selezione dell'offerente.

Da ultimo, nella gravata sentenza viene altresì ritenuto che la mancata indicazione del subappaltatore non avrebbe "consentito alla commissione una valutazione corretta dell'offerta tecnica poiché sono stati assegnati dei punteggi che, alla luce dei chiarimenti offerti, potevano anche essere modificati perché era l'offerta tecnica stessa che non era più la stessa".

Per questa via, il primo giudice ha nella sostanza ribadito l'orientamento espresso in sede cautelare secondo il quale ".... l'avvalersi di un'impresa subappaltatrice modifica le caratteristiche dell'offerta tanto è vero che nella relazione economica e nei chiarimenti non è ricompreso il costo di quella parte di personale che, inizialmente indicato tra il personale stagionale, sarà di fatto impiegato da chi otterrà il subappalto".

Sennonché , tale orientamento è stato già disatteso della Sezione in sede cautelare con ordinanza n. 3559/2010, rilevando in modo del tutto condivisibile "che non si rinviene una modifica dell'offerta tecnica, in quanto quelle che vengono qualificate come modifiche della stessa offerta tecnica appaiono giustificazioni in sede di presunta anomalia dell'offerta presentata".

La Tekneko, infatti, ha articolato la sua offerta economica indicando l'importo complessivo (di €. 8.700.000,00), aggiungendovi la dichiarazione relativa alla volontà di subappaltare i “servizi di raccolta

porta a porta della frazione organica e altri servizi marginali, il tutto per un importo massimo del 30% del canone offerto”

Le preventive giustificazioni che l'aggiudicataria ha inteso produrre in relazione solo ad alcune voci di costo, in ambito di "relazione economica", in alcun modo possono configurarsi come integrazione del contenuto dell'offerta economica propriamente detta, nè introducono la benché minima ambiguità nel quadro delle offerte, limitando la contrattualizzazione delle stesse.

Invero, riscontrando la richiesta della stazione appaltante nell'ambito del sub procedimento di verifica, la Tekneko ha per un verso sottolineato l'intervenuta abrogazione del comma 5 a mente dell'art. 4 quater, co. 1, lett. b) legge n 102/2009, per altro verso chiarito di voler indicare i “macroelementi di prezzo che hanno contribuito a formare il ribasso”, negando di voler procedere, anche in questa sede, “all'indicazione dettagliata ed analitica di tutti gli elementi di costo” (cfr. nota Tekneko in data 19.3.2010 prot. n. 275).

Non v'è dubbio, quindi, che tali indicazioni rese in funzione del sub - procedimento di verifica di ammissibilità / congruità, si appalesano insuscettibili di essere lette in termini di modificazione dell'offerta tecnica ed economica.

E' quindi errato l'assunto del primo giudice secondo cui “l'avvalersi di un'impresa subappaltatrice modifica le caratteristiche dell'offerta”, posto che l'offerta tecnica rimane sempre la stessa, potendo semmai variare il soggetto deputato all'esecuzione della porzione del servizio appaltato a seconda che venga o meno autorizzato il ricorso al subappalto.

La circostanza, poi, che nella relazione tecnica e nei chiarimenti non sia ricompreso - come assente dal TAR - “... il costo di quella parte del personale che, inizialmente indicato tra il personale stagionale, sarà di fatto impiegato da chi otterrà il subappalto”, non muta i termini della questione in quanto le giustificazioni -come detto- non sono oggettivamente idonee a modificare l'offerta, venendo semmai in rilievo il diverso profilo della congruità delle giustificazioni stesse, sempre integrabili e/o modificabili, nell'ambito del sub - procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

In conclusione, l'appello principale è fondato.

3. L'appello incidentale proposto dalla Cooperativa è privo di fondamento.

3.1. Con il primo motivo, la Cooperativa ripropone la prima censura che il TAR ha già dichiarato infondata, lamentando la mancata coincidenza terminologica tra la descrizione dei servizi contenuta nel bando di gara e quella riportata nella certificazione di qualità di Tekneko.

La doglianza non ha pregio.

Ed invero, la prima certificazione di Tekneko UNI EN ISO 9001:2000 riporta la seguente dicitura "Progettazione ed erogazione di servizi di igiene urbana: raccolta e trasporto rifiuti urbani ed assimilabili agli urbani, pulizia strade ed aree pubbliche, lavaggio contenitori per rifiuti. Campo di attività: EA 39."

La seconda certificazione NO 14001:2004 riporta la seguente dicitura "Progettazione ed erogazione di servizi di igiene urbana: raccolta e trasporto rifiuti urbani ed assimilabili agli urbani, pulizia stradale ed aree pubbliche, lavaggio contenitori per rifiuti. Campo di attività: EA 39"

E' evidente, pertanto, che in entrambi i certificati, benché non sia utilizzato l'aggettivo "ambientale", viene indicata la corretta categoria EA 39 comprensiva delle attività indicate nella lex specialis di gara.

Il settore EA 39 include infatti le attività di smaltimento dei rifiuti solidi, delle acque di scarico e simili che a loro volta comprendono: la raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, pulizia delle aree pubbliche, decontaminazione e disinquinamento dell'ambiente.

La categoria merceologica oggetto di entrambe le certificazioni presentate da Tekneko è, quindi, coerente con quanto richiesto dalla documentazione di gara nonché con l'oggetto di gara, costituito prevalentemente dalla raccolta differenziata "porta a porta" dei rifiuti degli ambiti territoriali degli otto Comuni dell'Unione.

Del tutto correttamente, pertanto, il primo giudice ha rilevato al riguardo che "La società aggiudicataria ha prodotto una certificazione che fa un inequivoco riferimento alla categoria EA39 che è quella indicata dalla stessa ricorrente e che contiene l'oggetto del bando.

La questione relativa alla mancata indicazione nella certificazione della parola "ambientale" e dell'espressione "recupero rifiuti" è meramente nominalistica.

Come afferma la giurisprudenza, soprattutto nell'appalto di servizi, è sufficiente che sussista una equivalenza tra la categoria prevalente dei servizi richiesti con quella indicata nella certificazione di qualità; oltretutto in caso di dubbio vale il principio dei favor participationis evitando un approccio

formalista contrario ad una piena valorizzazione della libertà di concorrenza e che peraltro è stato utilizzato anche nei riguardi della ricorrente ...".

3.2. Con il secondo motivo la Cooperativa si duole della illegittimità della modifica dell'offerta tecnica ed economica che la Tekneko avrebbe asseritamente effettuato, e del fatto che il primo giudice non avrebbe "colto correttamente le palesi difformità tra l'offerta tecnica e l'offerta economica dell'appellante, tali da renderla inammissibile ... e comunque non valutabile ai fini dell'attribuzione dei punteggi illegittimamente ottenuti".

La censura è priva di fondamento.

Al riguardo, non può che farsi rinvio a quanto già precisato nel precedente punto 2.2, ribadendo che quelle che vengono qualificate come modifiche dell'offerta, sono in realtà giustificazioni rese nell'ambito del sub - procedimento di verifica dell'offerta stessa.

4. Con il terzo ed ultimo motivo, la Cooperativa ripropone la censura già dedotta in prime cure, relativa alla asserita anomalia dell'offerta Tekneko e sul carattere non esaustivo delle giustificazioni da questa presentate nell'ambito del relativo sub - procedimento.

4.1. La doglianza è priva di fondamento.

Ed invero, secondo il costante ed univoco insegnamento della giurisprudenza amministrativa, il giudizio di anomalia dell'offerta richiede una motivazione rigorosa ed analitica solo nel caso in cui la stessa si concluda in senso negativo; in caso, invece, di valutazione di congruità dell'offerta sospetta di anomalia, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, essendo sufficiente una motivazione espressa "ob relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice (cfr., Cons. Stato, Sez. VI, 3.11.2010, n.7759).

Inoltre, il giudizio della stazione appaltante in ordine alle giustificazioni dell'anomalia costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale; ed il controllo sull'anomalia dell'offerta va calibrato avendo riguardo all'attendibilità complessiva dell'offerta stessa, senza che abbiano rilievo decisivo singoli profili relativi a voci specifiche che non mettano in dubbio l'affidabilità globale dell'offerta medesima.

A ciò aggiungasi, che nella specie si è al cospetto di un'offerta sostanzialmente coincidente con l'importo a base d'asta, a fronte di un ribasso inferiore allo 0,5% , e di tre offerte economiche vicinissime tra loro, delle quali quella più vantaggiosa è anche quella più alta.

Pertanto, come esattamente rilevato dall'appellante, illogico è difficilmente motivabile sarebbe stato un giudizio negativo da parte della stazione appaltante, piuttosto che la verifica positiva in concreto effettuata.

5. Conclusivamente , l'appello incidentale proposto dalla Cooperativa è privo di fondamento.

6. L'appello incidentale proposto dalla Tekneko è in parte fondato ed in parte improcedibile, nei sensi di seguito precisati.

6.1. Sono fondati i primi quattro motivi con cui viene dedotta l'erroneità della sentenza appellata:

- laddove ha ritenuto che l'avvalersi di una impresa subappaltatrice modifichi le caratteristiche dell'offerta, e che non sia di conseguenza sufficiente l'indicazione generica della quota parte del servizio che si intende affidare in subappalto, occorrendo necessariamente comunicare fin dall'inizio con quale soggetto giuridico si stipulerà il contratto;
- laddove ha di conseguenza sancito l'esclusione di Tekneko dalla gara, e dichiarato l'inefficacia del contratto medio - temporale stipulato.

Al riguardo, invero, non può che farsi rinvio a quanto già diffusamente precisato nel precedente punto

2.2. su cui , pertanto , non v'è motivo di ripetersi.

6.2. Il quinto ed ultimo motivo è improcedibile.

Con tale mezzo, invero, vengono riproposti i motivi dedotti nel ricorso incidentale proposto in primo grado, al fine di contestare la mancata esclusione della Cooperativa ricorrente dalla gara e di paralizzare, di conseguenza, il suo ricorso.

Sennonché, a seguito dell'accoglimento dei precedenti motivi nonché dell'appello principale proposto dall'Unione dei Comuni del Basso Biferno, non residua alcun interesse in testa a Tekneko a paralizzare il ricorso introduttivo della Cooperativa, risultando questo infondato nel merito.

7. Per le ragioni esposte l'appello principale è fondato e va accolto; quello incidentale proposto dalla Cooperativa è viceversa infondato e, come tale, da respingere; quello incidentale proposto da Tekneko è in parte fondato ed in parte improcedibile, nei sensi si cui in motivazione.

Le spese seguono la soccombenza, e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, di cui in epigrafe, così dispone:

- respinge l'appello incidentale proposto dalla Cooperativa C. S. S.;
- accoglie l'appello principale proposto dalla Unione dei Comuni del Basso Biferno e, in parte qua, l'appello incidentale di Tekneko e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla Cooperativa C. S. S.;

Condanna la Cooperativa C. S. S. al pagamento in favore dell'Unione e di Tekneko delle spese e degli onorari dei due gradi di giudizio , che si liquidano in euro 5.000,00 per ogni controparte e quindi per un totale complessivo di euro 10.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/2012

IL SEGRETARIO

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