

**IL CONSIGLIO DI STATO NON NEGA LA POSSIBILITÀ CHE  
L'ESECUTORE DI UN APPALTO PUBBLICO DI SERVIZI SI AVVALGA -  
ANCHE - DELLA FIGURA CONTRATTUALE DEI CONTRATTI A  
PROGETTO DI CUI D.LGS. 10 SETTEMBRE 2003 N. 276 MA NON IN  
MANCANZA DELL'ESISTENZA DI UN PROGETTO O PROGRAMMA  
SPECIFICI, DELL'INDIPENDENZA DAL TEMPO DI ESECUZIONE E  
DELLA FINALIZZAZIONE AD UN RISULTATO**

Verifica di un'offerta anomala: è sempre sufficiente la giustificazione del concorrente che, per motivare minori costi relativi alle spese per il personale, espone di impiegare collaboratori con contratto a progetto, con conseguente abbattimento dei costi relativi al compenso - stante la possibilità di stabilirne autonomamente la misura - e degli oneri contributivi? Possono invece valere le osservazioni contrarie ovvero che il nuovo strumento del contratto a progetto si potrebbe porre in contrasto con la prestazione richiesta al concessionario, in relazione sia alle caratteristiche proprie delle mansioni degli addetti al servizio, non collegabili funzionalmente ad un determinato risultato come invece prescritto dall'art. 61 del D.Lgs. n. 276 del 2003, sia alle implicazioni derivanti dalla necessità di garantire la fruibilità dei servizi al pubblico mediante il prefissato calendario settimanale ed orario giornaliero di apertura?

In ordine al prospettato utilizzo di contratti a progetto, si osserva che, ai sensi degli artt. 61 e 69 del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, è elemento indispensabile per la validità del contratto in questione l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, ossia di una precisa attività, temporalmente e funzionalmente delimitata, alla quale inerisca un determinato risultato finale e che si rapporti con l'organizzazione aziendale in cui si inserisca; attività che, ovviamente, non può identificarsi con tale organizzazione, sostituendola ed esaurendola, bensì se ne deve distinguere in modo che, eliminata la collaborazione, residui comunque un'organizzazione aziendale. Ne deriva che non può esservi una struttura aziendale interamente composta, come nella specie, da soli collaboratori a progetto. D'altro canto, è evidente che, come rappresentato dal consulente, nel caso in esame le modalità di espletamento del servizio prescritte dal capitolato speciale d'appalto, in ispecie dagli artt. 18, 19 e 22 (apertura al pubblico dell'ufficio dal lunedì al venerdì dalle ore 8,30 alle ore 12,30 e dalle ore 15,30 alle ore 17, 30, nonché il sabato dalle ore 9 alle ore 12; assegnazione al servizio "con rapporto di lavoro a tempo pieno" di un numero minimo di unità od un numero corrispondente in caso di "rapporti di lavoro part-time") non consentissero il ricorso a contratti a progetto, richiedendosi al personale non un determinato risultato, da conseguirsi autonomamente - sia pur in coordinamento con il destinatario della collaborazione -, indipendentemente dal tempo di esecuzione ed in relazione ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso caratterizzati da specificità, ma prestazioni consistenti nella messa a disposizione di energie lavorative; e ciò essenzialmente in determinati giorni ed orari. Né vale opporre che tra le forme di coordinamento dell'esecuzione della collaborazione siano comprese anche quelle di coordinamento temporale, poiché, come si è visto, non di collaborazione si tratta, ma di vera e propria sostituzione della struttura aziendale, la cui attività verrebbe ad essere integralmente demandata ai collaboratori a progetto, col solo controllo dello "ispettore di zona" necessariamente e meramente saltuario, trattandosi di soggetto già impiegato in servizi analoghi presso vari Comuni del Nord Italia.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4420 del 17 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< In particolare, nell'ultima relazione del 27 febbraio 2004 il consulente ha rilevato che l'utile lordo annuo segnalato dall'impresa era condizionato essenzialmente dalle voci di costo relative alle spese per il personale ed a quelle per il rinnovo degli impianti di affissione (rinnovo facente parte dell'oggetto dell'appalto) e che per le prime la concorrente aveva esposto di impiegare collaboratori con contratto a progetto, con conseguente abbattimento dei costi relativi al compenso - stante la possibilità di stabilirne autonomamente la misura - e degli oneri contributivi, mentre per le seconde la BETA aveva diluito l'ammontare del costo in sette anni, anziché nei cinque contrattuali, presumendo l'automatico il rinnovo biennale. Circa il primo aspetto, ha osservato che il nuovo strumento del contratto a progetto si poneva in contrasto con la prestazione richiesta al concessionario, in relazione sia alle caratteristiche proprie delle mansioni degli addetti al servizio, non collegabili funzionalmente ad un determinato risultato come invece prescritto dall'art. 61 del D.Lgs. n. 276 del 2003, sia alle implicazioni derivanti dalla necessità di garantire la fruibilità dei servizi al pubblico mediante il prefissato calendario settimanale ed orario giornaliero di apertura. Circa il secondo aspetto, ha rilevato che l'indicata presunzione incideva notevolmente sul risultato netto di gestione, comportando una riduzione dei costi strutturali pari ad € 11.328,80 annui, che invece doveva portarsi in aumento all'incidenza annua. Ha poi ritenuto irrilevante che la concorrente avesse esposto di poter ottenere dai propri fornitori uno sconto del 50% in relazione alle consistenti quantità commissionate, poiché ella stessa non aveva computato i rispettivi minori costi al fine di garantire un sostanziale margine sugli eventuali maggiori costi derivanti dalle caratteristiche costruttive indicate nel progetto tecnico. Infine, ha ritenuto sottostimato il costo (€ 800,00 mensili) esposto dalla concorrente per il canone locativo degli uffici, tenuto conto delle prescrizioni del capitolato in ordine all'ubicazione dei locali, delle relative caratteristiche strutturali richieste, confacenti alle esigenze della prestazioni da svolgere, e delle attuali quotazioni di mercato.

La BETA ha impugnato la propria esclusione, gli atti sottostanti e l'aggiudicazione in favore della ALFA. davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria; in tale giudizio ha proposto ricorso incidentale la controinteressata, sostenendo che la ricorrente principale sarebbe dovuta essere esclusa anche per non aver considerato i costi relativi alla sicurezza, alla cauzione definitiva ed a talune modalità di espletamento del servizio. Con sentenza 6 aprile 2007 n. 589 il ricorso incidentale è stato respinto ed il ricorso principale è stato accolto. Più precisamente, il ricorso incidentale è stato ritenuto inammissibile per omessa impugnativa nel termine di decadenza degli atti di verifica dell'anomalia dell'offerta, mentre sono state condivise le censure della ricorrente principale riguardanti l'affidamento della verifica dell'anomalia ad un professionista esterno, in quanto collidente con la funzione esercitata, acquisita direttamente e immediatamente - senza riesaminare il metodo, i criteri e le conclusioni raggiunte dal professionista - perché ritenuta attendibile in ragione della posizione di terzietà del consulente rispetto sia alla commissione esaminatrice che all'apparato burocratico, nonché basata su un parametro fisso ed astratto di costo del servizio a cui sarebbero state ragguagliate le giustificazioni, così introducendosi un meccanismo automatico di valutazione dell'anomalia in contrasto col disposto degli art. 1 della legge 7 novembre 2000 n. 327 e 25 del D.Lgs n. 157 del 1995, i quali richiedono l'attenta e precisa analisi del valore economico dell'offerta. **Nel merito, il consulente avrebbe errato nel pretermettere il costo per il personale aderente al tipo di contratto d'impiego "a progetto", suscettibile di essere utilizzato anche dagli imprenditori partecipanti agli appalti pubblici, senza addurre alcun elemento d'ordine tecnico giuridico ostativo all'applicazione nel servizio oggetto dell'appalto. Infine, ha respinto la domanda di risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica, stante l'inosservanza dell'onere di allegazione in ordine alla sussistenza sia dell'elemento soggettivo dell'illecito, sia del danno sofferto.**

Con l'appello principale qui in esame la ALFA. contesta in primo luogo la statuizione relativa al proprio ricorso incidentale; in secondo luogo oppone la carenza di interesse della BETA anche per aver ceduto in corso di gara il ramo d'azienda relativo alla riscossione dei tributi e per altri aspetti; in terzo luogo, sostiene la fondatezza del proprio ricorso incidentale e, infine, l'infondatezza di quello principale di primo grado.

Con appello incidentale la BETA si duole della mancata pronuncia del TAR sulla propria domanda di annullamento del contratto stipulato tra il Comune e la ALFA., nonché della reiezione dell'ulteriore domanda risarcitoria; ripropone inoltre i motivi di gravame non trattati dal primo giudice. Quanto all'appello principale, l'appellata ne eccepisce l'inammissibilità per mancata contestazione del capo della sentenza nel quale è stato ritenuto viziato l'affidamento ad un consulente esterno della valutazione sulla congruità delle offerte senza alcun riesame delle operazioni tecniche da parte del Comune (pagg. 4 e 5 della pronuncia).

Ciò posto, va preliminarmente disattesa l'eccezione ricordata appena sopra. Non è dubbio, infatti, che l'appellante principale non si è limitata a contestare la sentenza appellata nella parte in cui (pagg. 5 e 6) il giudizio di anomalia è stato ritenuto erroneo con riguardo al ricorso del contratto a progetto, avendo invece puntualmente argomentato anche in ordine alla parte in questione sostenendo, nell'ambito del quarto motivo, che a fronte dell'approfondita analisi del professionista su ogni singolo elemento, tale da fornire all'Ente un quadro dettagliato delle condizioni di gestione dell'appalto risultanti dall'offerta della BETA, "priva di valore è l'affermazione secondo la quale l'organo giudicante avrebbe dovuto ulteriormente motivare le ragioni che l'hanno condotto a far proprie le valutazioni del consulente", anche perché "proprio la manifestazione di volontà di acquisire e far proprie le anzidette relazioni, operata dal dirigente incaricato della valutazione delle offerte, è atto sufficiente a far emergere la condivisione degli esiti delle stesse e delle motivazioni che le sorreggono" (pag. 23 dell'atto introduttivo del giudizio), aggiungendo poi che "merita censura anche l'ulteriore corollario della sentenza di primo grado – affermato in maniera velata e poco chiara – secondo il quale sarebbe stigmatizzabile la procedura di verifica nella parte in cui la p.a. non avrebbe completamente riesaminato le valutazioni poste in essere dal consulente incaricato" (pagg. 31 e 32).

Nel merito, la Sezione reputa opportuno muovere proprio da tali argomentazioni, che si rivelano fondate.

Invero, con la citata determinazione dirigenziale n. 452 del 2004 il Comune ha ritenuto di "adottare integralmente" le conclusioni del consulente e, perciò, di recepire e conseguentemente rendere proprie "le considerazioni, le conclusioni e gli esiti espressi dal suddetto consulente", con ciò manifestando chiaramente la volontà di condividere sotto ogni aspetto le relazioni del professionista e, in particolare, la menzionata del 27 febbraio 2004, nella quale, come si è visto, erano altrettanto chiaramente esposte le ragioni per le quali l'offerta della BETA non poteva essere ritenuta congrua. Di contro, non vi era necessità che lo stesso Comune esplicitasse ulteriori ragioni in base alle quali ha seguito le condivise considerazioni, conclusioni ed esiti, poiché, come detto, i motivi per cui l'Amministrazione si è determinata nel senso di escludere l'offerta della BETA emergono dal parere tecnico acquisito. In altri termini, la determinazione comunale deve ritenersi sufficientemente motivata per relationem alle argomentazioni del consulente, mentre sarebbe occorsa l'indicazione di diverse ragioni solo nell'ipotesi di dissenso.

Quanto ai profili sostanziali, la Sezione è dell'avviso che i rilievi formulati dal medesimo consulente ben giustifichino il giudizio di anomalia.

In ordine al prospettato utilizzo di contratti a progetto, si osserva che, ai sensi degli artt. 61 e 69 del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, è elemento indispensabile per la validità del contratto in questione l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, ossia di una precisa

attività, temporalmente e funzionalmente delimitata, alla quale inerisca un determinato risultato finale e che si rapporti con l'organizzazione aziendale in cui si inserisca; attività che, ovviamente, non può identificarsi con tale organizzazione, sostituendola ed esaurendola, bensì se ne deve distinguere in modo che, eliminata la collaborazione, residui comunque un'organizzazione aziendale. Ne deriva che non può esservi una struttura aziendale interamente composta, come nella specie, da soli collaboratori a progetto. D'altro canto, è evidente che, come rappresentato dal consulente, nel caso in esame le modalità di espletamento del servizio prescritte dal capitolato speciale d'appalto, in ispecie dagli artt. 18, 19 e 22 (apertura al pubblico dell'ufficio dal lunedì al venerdì dalle ore 8,30 alle ore 12,30 e dalle ore 15,30 alle ore 17, 30, nonché il sabato dalle ore 9 alle ore 12; assegnazione al servizio "con rapporto di lavoro a tempo pieno" di un numero minimo di unità od un numero corrispondente in caso di "rapporti di lavoro part-time") non consentissero il ricorso a contratti a progetto, richiedendosi al personale non un determinato risultato, da conseguirsi autonomamente – sia pur in coordinamento con il destinatario della collaborazione –, indipendentemente dal tempo di esecuzione ed in relazione ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso caratterizzati da specificità, ma prestazioni consistenti nella messa a disposizione di energie lavorative; e ciò essenzialmente in determinati giorni ed orari. Né vale opporre che tra le forme di coordinamento dell'esecuzione della collaborazione siano comprese anche quelle di coordinamento temporale, poiché, come si è visto, non di collaborazione si tratta, ma di vera e propria sostituzione della struttura aziendale, la cui attività verrebbe ad essere integralmente demandata ai collaboratori a progetto, col solo controllo dello "ispettore di zona" necessariamente e meramente saltuario, trattandosi di soggetto già impiegato in servizi analoghi presso vari Comuni del Nord Italia.

In conclusione, non si vuol negare di certo la possibilità che l'esecutore di un appalto pubblico di servizi si avvalga – anche - della figura contrattuale in parola; si intende invece evidenziare che nella particolare fattispecie in esame non ne ricorrono i presupposti, mancando segnatamente l'esistenza di un progetto o programma specifici, l'indipendenza dal tempo di esecuzione e la finalizzazione ad un risultato.>

Di conseguenza:

< Le considerazioni sin qui esposte comportano l'accoglimento delle censure che investono gli aspetti trattati, contenute nel menzionato quarto motivo dell'appello principale. E poiché l'appellata non ha contestato in primo grado e, peraltro, neppure in questa sede che i costi relativi al personale ed al rinnovo degli impianti pubblicitari costituiscano le voci preminenti ed assorbenti della propria offerta, le stesse considerazioni sono sufficienti a confermare l'incongruità della stessa e di qui a consentire, per un verso, l'accoglimento integrale dell'appello principale nonché, per altro verso, la reiezione dell'appello incidentale, con conseguente riforma della sentenza appellata, reiezione del gravame principale di primo grado e declaratoria di improcedibilità del relativo gravame incidentale, senza necessità di esame delle restanti censure dell'uno e dell'altro appello>

A cura di Sonia Lazzini

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 4420/08 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 7503 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

## **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 7503/07 Reg. Gen., proposto da ALFA. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Francesco Muscatello ed elettivamente domiciliata presso lo studio del dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

## **CONTRO**

BETA s.r.l. in liquidazione, in persona del liquidatore e legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv. Piergiorgio Alberti e Luigino Montarsolo, elettivamente domiciliata presso il primo in Roma, via G. Carducci n. 4;

## **E NEI CONFRONTI**

del Comune di SANREMO, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Antonio Borea, Sergio Vota e Gabriele Pafundi, elettivamente domiciliato presso il terzo in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

## **per la riforma**

della sentenza 6 aprile 2007 n. 589 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sezione prima, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sanremo;

Visto il controricorso ed appello incidentale dell'appellata BETA s.r.l. in liquidazione;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 14 marzo 2008, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti Muscatello, Maoli, su delega dell'Avv. Alberti, e Pafundi;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## **F A T T O**

Con atto notificato il 6 agosto 2007 e depositato il 28 settembre seguente la ALFA. s.r.l., aggiudicataria della licitazione privata indetta dal Comune di Sanremo per l'affidamento del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla

pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni e della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche per il periodo dal 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2008, ha appellato la sentenza 6 aprile 2007 n. 589 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sezione prima, con la quale, in accoglimento del ricorso principale di BETA s.r.l. e reiezione del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, sono stati annullati l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria provvisoria BETA s.r.l. per offerta anomala, con gli atti sottostanti, e la contestuale aggiudicazione in favore della ALFA. s.r.l..

A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Violazione ed errata interpretazione della norma di cui all'art. 22 della legge n. 1034 del 1971 e art. 37 R.D. n. 1054 del 1924.

Erroneamente il ricorso incidentale, col quale si censurava la mancata esclusione della BETA per non aver correttamente giustificato l'offerta in ordine ai costi per polizze assicurative RCT, **cauzione** definitiva, oneri di sicurezza, taluni oneri di gestione e spese di stipula del contratto, è stato ritenuto inammissibile per omessa tempestiva impugnativa nel termine di decadenza degli atti affetti dal vizio denunciato: il ricorso incidentale doveva infatti ritenersi correttamente introdotto nel termine di legge e prospettante ragioni di annullamento dell'atto impugnato diverse da quelle della domanda principale; d'altro canto, era esaustiva la richiesta di chiarimenti - costituente peraltro atto endoprocedimentale - dell'Amministrazione, mentre non lo sono state le giustificazioni fornite anche alla stregua del disposto del capitolato speciale (art. 23) e, comunque, della legge (art. 1 L. 327/00). Sembra inoltre che il TAR abbia ritenuto che gli oneri per la sicurezza non andassero annoverati tra gli elementi costitutivi dell'offerta, in ciò errando nell'esegesi di norme di legge, ovvero che l'offerta fosse idonea a coprire questi costi, ma in tal modo si è sostituito all'Amministrazione, peraltro senza supporto tecnico e fattuale. Ne deriva che il ricorso incidentale era fondato, con conseguente carenza di interesse della ricorrente principale.

2.- Carenza di interesse, sotto distinto profilo, della BETA s.r.l..

Sin dalla proposizione del ricorso principale, la BETA era sprovvista di interesse ad agire poiché aveva dapprima ceduto – in corso di gara – il ramo d'azienda inerente la riscossione dei tributi minori, sicché avrebbe dovuto essere esclusa per l'incredibilità della posizione di partecipante alla gara o, comunque, per omessa comunicazione della cessione all'Amministrazione ai sensi dell'art. 35 L. n. 109 del 1994, applicabile in via analogica, nonché per non essere la cessionaria Publiconsut S.p.A. in possesso dell'iscrizione all'albo speciale di cui al d.m. 289/00 ed all'art. 53 del D.Lgs. n. 446 del 1997. Inoltre la BETA ha poi perso essa stessa l'iscrizione al detto albo speciale e, infine, è stata sottoposta a liquidazione per conseguimento di perdite superiori a un terzo del capitale sociale ai sensi dell'art. 2446 c.c..

3.- *Error in iudicando* per violazione di legge (art. 25. d. lgs. 157/95; art. unico, co. 3, l. 327/00).

A fronte degli specifici obblighi di legge e di capitolato, la BETA non ha fornito il minimo elemento inerente gli oneri per la sicurezza, né il Comune ha chiesto chiarimenti in merito e la verifica è avvenuta senza tener conto di ciò (forse per la presenza di lacune macroscopiche). Ugualmente è per i costi relativi alla **cauzione** definitiva, prevista dall'art. 8 del capitolato, e la contrazione della polizza assicurativa RCT prescritta dall'art. 4, co. 4, del capitolato, nonché i costi relativi all'espletamento di attività routinarie quali stampa, imbustamento, domiciliamento degli avvisi e solleciti di pagamento. In definitiva, la BETA ha ommesso di indicare costi fondamentali ammontanti a oltre €40.000.

4.- Nel merito, il ricorso principale era comunque infondato.

Così il primo motivo, posto che il Comune ha correttamente fatto uso del potere di verifica dell'anomalia: il consulente ha compiuto una dettagliata e precisa analisi, poi fatta propria dal seggio di gara, non attestandosi su valori predefiniti ma quantificando i costi in base alle prescrizioni di capitolato, i ricavi in base ai dati storici forniti dall'ente, e confrontando in concreto e puntigliosamente le singole giustificazioni. D'altra parte, è arduo sostenere un difetto di motivazione al cospetto di una determinazione assunta in base ad una relazione di oltre 50 pagine, né l'Amministrazione avrebbe dovuto motivare le ragioni che l'hanno condotta a far proprie le valutazioni del consulente, essendo sufficiente la manifestazione di volontà in tal senso.

In particolare, la BETA ha rettificato al rialzo il gettito indicato dall'Ente prevedendo maggiori introiti per circa €252.000, senza precisare gli elementi che la condurrebbero a tale risultato economico che, pertanto, è ipotetico e non significativo di una maggior redditività. Se poi avesse inteso riferirsi al computo del canone degli accessi a raso sulle pubbliche vie, tale dato era desumibile dai dati ufficiali del Comune e pari a €12.500. L'Ente ha comunque dimostrato che anche tenendo conto dei maggior ricavi dichiarati la BETA non sarebbe stata in grado di coprire i costi dell'attività. Quanto al costo del personale, ha errato il primo giudice ritenendo meritevole l'apprezzamento dell'affermazione della ricorrente circa l'impiego di operatori con contratto di lavoro a progetto, inconciliabile con le prescrizioni delle modalità del servizio da rendere di cui agli artt. 18, 19 e 22 del capitolato speciale che disegnano la figura del lavoratore subordinato *ex art. 2094 c.c.*. Peraltro, la BETA aveva dichiarato di avvalersi di cinque operatori di cui tre a tempo pieno (pag. 3 giustificazioni), in contrasto con quanto poi sostenuto nelle giustificazioni e nel ricorso. Poiché il tempo pieno è pari a 40 ore settimanali, senza alcuna ragione la BETA ha dichiarato di impiegare i due addetti alle affissioni per 36 ore settimanali.

Sfornita di qualsiasi motivazione e documentazione è poi l'affermazione della riduzione del 50% del costo per manutenzione e sostituzione degli impianti di pubbliche affissioni.

Quanto al secondo motivo, l'economicità del metodo di produzione della BETA non è stata provata, nulla essendo esposto al riguardo nei chiarimenti, sicché non si comprende come il giudice abbia potuto apprezzarla positivamente. La sentenza è altresì censurabile

laddove ritiene, peraltro in maniera poco chiara, che l'Amministrazione non avrebbe esaminato completamente le valutazioni del consulente.

Con atto notificato il 24 settembre 2007 e depositato il 5 ottobre seguente, denominato "controricorso e appello incidentale", la BETA si è costituita in giudizio ed ha a sua volta proposto appunto appello incidentale, quanto alla mancata pronuncia del TAR sulla sua domanda di dichiarazione di nullità del contratto stipulato tra il Comune e la ALFA. ed alla reiezione della domanda di risarcimento del danno anche in forma specifica, nonché ha riproposto i motivi di gravame non esaminati. Poi con memoria del 7 marzo 2008, eccepita l'inammissibilità dell'appello principale per mancata contestazione del capo della sentenza in cui è stato riscontrato il vizio di omesso riesame da parte del Comune delle operazioni tecniche, ha svolto difese nel merito. La ALFA. ha replicato con memoria dell'8 seguente.

Anche il Comune di Sanremo si è costituito in giudizio ed ha svolto difese in ordine all'appello incidentale sostenendo, tra l'altro, le ragioni dell'appellante principale in ordine al venir meno dell'interesse della BETA al ricorso per aver dismesso il ramo d'azienda prima dell'aggiudicazione.

All'odierna udienza pubblica la causa è stata posta in decisione, previa ampia trattazione orale.

## **DIRITTO**

Con determinazione dirigenziale 1° agosto 2003 n. 1234 il Comune di Sanremo ha indetto una licitazione privata per l'affidamento del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni e della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche per il periodo dal 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2008, prevedendo che la remunerazione consistesse nell'aggio sulla riscossione complessiva - con obbligo del concessionario di corrispondere al Comune un minimo garantito - e, dunque, che l'aggiudicazione avvenisse in favore dell'offerta recante la percentuale di aggio più bassa. Hanno partecipato alla gara, tra le altre, la BETA s.r.l. e la ALFA. s.r.l.. La prima ha offerto la percentuale più bassa (8,27%), sicché è stata individuata come aggiudicataria provvisoria. Tuttavia, la sua offerta, unitamente a quelle di altre concorrenti, è stata sottoposta a verifica di congruità, affidata dall'Ente ad un consulente esterno, all'esito della quale con determinazione dirigenziale 8 marzo 2004 n. 542 l'offerta stessa è stata esclusa e l'appalto è stato aggiudicato in favore della ALFA..

In particolare, nell'ultima relazione del 27 febbraio 2004 il consulente ha rilevato che l'utile lordo annuo segnalato dall'impresa era condizionato essenzialmente dalle voci di costo relative alle spese per il personale ed a quelle per il rinnovo degli impianti di affissione (rinnovo facente parte dell'oggetto dell'appalto) e che per le prime la concorrente aveva esposto di impiegare collaboratori con contratto a progetto, con conseguente abbattimento dei costi relativi al compenso - stante la possibilità di stabilirne autonomamente la misura - e degli oneri contributivi, mentre per le seconde la

BETA aveva diluito l'ammontare del costo in sette anni, anziché nei cinque contrattuali, presumendo l'automatico il rinnovo biennale. Circa il primo aspetto, ha osservato che il nuovo strumento del contratto a progetto si poneva in contrasto con la prestazione richiesta al concessionario, in relazione sia alle caratteristiche proprie delle mansioni degli addetti al servizio, non collegabili funzionalmente ad un determinato risultato come invece prescritto dall'art. 61 del D.Lgs. n. 276 del 2003, sia alle implicazioni derivanti dalla necessità di garantire la fruibilità dei servizi al pubblico mediante il prefissato calendario settimanale ed orario giornaliero di apertura. Circa il secondo aspetto, ha rilevato che l'indicata presunzione incideva notevolmente sul risultato netto di gestione, comportando una riduzione dei costi strutturali pari ad €11.328,80 annui, che invece doveva portarsi in aumento all'incidenza annua. Ha poi ritenuto irrilevante che la concorrente avesse esposto di poter ottenere dai propri fornitori uno sconto del 50% in relazione alle consistenti quantità commissionate, poiché ella stessa non aveva computato i rispettivi minori costi al fine di garantire un sostanziale margine sugli eventuali maggiori costi derivanti dalle caratteristiche costruttive indicate nel progetto tecnico. Infine, ha ritenuto sottostimato il costo (€800,00 mensili) esposto dalla concorrente per il canone locativo degli uffici, tenuto conto delle prescrizioni del capitolato in ordine all'ubicazione dei locali, delle relative caratteristiche strutturali richieste, confacenti alle esigenze della prestazioni da svolgere, e delle attuali quotazioni di mercato.

La BETA ha impugnato la propria esclusione, gli atti sottostanti e l'aggiudicazione in favore della ALFA. davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria; in tale giudizio ha proposto ricorso incidentale la controinteressata, sostenendo che la ricorrente principale sarebbe dovuta essere esclusa anche per non aver considerato i costi relativi alla sicurezza, alla **cauzione** definitiva ed a talune modalità di espletamento del servizio. Con sentenza 6 aprile 2007 n. 589 il ricorso incidentale è stato respinto ed il ricorso principale è stato accolto. Più precisamente, il ricorso incidentale è stato ritenuto inammissibile per omessa impugnativa nel termine di decadenza degli atti di verifica dell'anomalia dell'offerta, mentre sono state condivise le censure della ricorrente principale riguardanti l'affidamento della verifica dell'anomalia ad un professionista esterno, in quanto collidente con la funzione esercitata, acquisita direttamente e immediatamente – senza riesaminare il metodo, i criteri e le conclusioni raggiunte dal professionista - perché ritenuta attendibile in ragione della posizione di terzietà del consulente rispetto sia alla commissione esaminatrice che all'apparato burocratico, nonché basata su un parametro fisso ed astratto di costo del servizio a cui sarebbero state ragguagliate le giustificazioni, così introducendosi un meccanismo automatico di valutazione dell'anomalia in contrasto col disposto degli art. 1 della legge 7 novembre 2000 n. 327 e 25 del D.Lgs n. 157 del 1995, i quali richiedono l'attenta e precisa analisi del valore economico dell'offerta. Nel merito, il consulente avrebbe errato nel pretermettere il costo per il personale aderente al tipo di contratto d'impiego "a progetto", suscettibile di essere utilizzato anche dagli imprenditori partecipanti agli appalti pubblici, senza addurre alcun elemento d'ordine tecnico giuridico ostativo all'applicazione nel servizio oggetto dell'appalto. Infine, ha respinto la domanda di risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica, stante l'inosservanza

dell'onere di allegazione in ordine alla sussistenza sia dell'elemento soggettivo dell'illecito, sia del danno sofferto.

Con l'appello principale qui in esame la ALFA. contesta in primo luogo la statuizione relativa al proprio ricorso incidentale; in secondo luogo oppone la carenza di interesse della BETA anche per aver ceduto in corso di gara il ramo d'azienda relativo alla riscossione dei tributi e per altri aspetti; in terzo luogo, sostiene la fondatezza del proprio ricorso incidentale e, infine, l'infondatezza di quello principale di primo grado.

Con appello incidentale la BETA si duole della mancata pronuncia del TAR sulla propria domanda di annullamento del contratto stipulato tra il Comune e la ALFA., nonché della reiezione dell'ulteriore domanda risarcitoria; ripropone inoltre i motivi di gravame non trattati dal primo giudice. Quanto all'appello principale, l'appellata ne eccepisce l'inammissibilità per mancata contestazione del capo della sentenza nel quale è stato ritenuto viziato l'affidamento ad un consulente esterno della valutazione sulla congruità delle offerte senza alcun riesame delle operazioni tecniche da parte del Comune (pagg. 4 e 5 della pronuncia).

Ciò posto, va preliminarmente disattesa l'eccezione ricordata appena sopra. Non è dubbio, infatti, che l'appellante principale non si è limitata a contestare la sentenza appellata nella parte in cui (pagg. 5 e 6) il giudizio di anomalia è stato ritenuto erroneo con riguardo al ricorso del contratto a progetto, avendo invece puntualmente argomentato anche in ordine alla parte in questione sostenendo, nell'ambito del quarto motivo, che a fronte dell'approfondita analisi del professionista su ogni singolo elemento, tale da fornire all'Ente un quadro dettagliato delle condizioni di gestione dell'appalto risultanti dall'offerta della BETA, "priva di valore è l'affermazione secondo la quale l'organo giudicante avrebbe dovuto ulteriormente motivare le ragioni che l'hanno condotto a far proprie le valutazioni del consulente", anche perché "proprio la manifestazione di volontà di acquisire e far proprie le anzidette relazioni, operata dal dirigente incaricato della valutazione delle offerte, è atto sufficiente a far emergere la condivisione degli esiti delle stesse e delle motivazioni che le sorreggono" (pag. 23 dell'atto introduttivo del giudizio), aggiungendo poi che "merita censura anche l'ulteriore corollario della sentenza di primo grado – affermato in maniera velata e poco chiara – secondo il quale sarebbe stigmatizzabile la procedura di verifica nella parte in cui la p.a. non avrebbe completamente riesaminato le valutazioni poste in essere dal consulente incaricato" (pagg. 31 e 32).

Nel merito, la Sezione reputa opportuno muovere proprio da tali argomentazioni, che si rivelano fondate.

Invero, con la citata determinazione dirigenziale n. 452 del 2004 il Comune ha ritenuto di "adottare integralmente" le conclusioni del consulente e, perciò, di recepire e conseguentemente rendere proprie "le considerazioni, le conclusioni e gli esiti espressi dal suddetto consulente", con ciò manifestando chiaramente la volontà di condividere sotto ogni aspetto le relazioni del professionista e, in particolare, la menzionata del 27 febbraio 2004, nella quale, come si è visto, erano altrettanto chiaramente esposte le

ragioni per le quali l'offerta della BETA non poteva essere ritenuta congrua. Di contro, non vi era necessità che lo stesso Comune esplicitasse ulteriori ragioni in base alle quali ha seguito le condivise considerazioni, conclusioni ed esiti, poiché, come detto, i motivi per cui l'Amministrazione si è determinata nel senso di escludere l'offerta della BETA emergono dal parere tecnico acquisito. In altri termini, la determinazione comunale deve ritenersi sufficientemente motivata *per relationem* alle argomentazioni del consulente, mentre sarebbe occorsa l'indicazione di diverse ragioni solo nell'ipotesi di dissenso.

Quanto ai profili sostanziali, la Sezione è dell'avviso che i rilievi formulati dal medesimo consulente ben giustifichino il giudizio di anomalia.

In ordine al prospettato utilizzo di contratti a progetto, si osserva che, ai sensi degli artt. 61 e 69 del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, è elemento indispensabile per la validità del contratto in questione l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, ossia di una precisa attività, temporalmente e funzionalmente delimitata, alla quale inerisca un determinato risultato finale e che si rapporti con l'organizzazione aziendale in cui si inserisca; attività che, ovviamente, non può identificarsi con tale organizzazione, sostituendola ed esaurendola, bensì se ne deve distinguere in modo che, eliminata la collaborazione, residui comunque un'organizzazione aziendale. Ne deriva che non può esservi una struttura aziendale interamente composta, come nella specie, da soli collaboratori a progetto. D'altro canto, è evidente che, come rappresentato dal consulente, nel caso in esame le modalità di espletamento del servizio prescritte dal capitolato speciale d'appalto, in ispecie dagli artt. 18, 19 e 22 (apertura al pubblico dell'ufficio dal lunedì al venerdì dalle ore 8,30 alle ore 12,30 e dalle ore 15,30 alle ore 17, 30, nonché il sabato dalle ore 9 alle ore 12; assegnazione al servizio "con rapporto di lavoro a tempo pieno" di un numero minimo di unità od un numero corrispondente in caso di "rapporti di lavoro part-time") non consentissero il ricorso a contratti a progetto, richiedendosi al personale non un determinato risultato, da conseguirsi autonomamente – sia pur in coordinamento con il destinatario della collaborazione –, indipendentemente dal tempo di esecuzione ed in relazione ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso caratterizzati da specificità, ma prestazioni consistenti nella messa a disposizione di energie lavorative; e ciò essenzialmente in determinati giorni ed orari. Né vale opporre che tra le forme di coordinamento dell'esecuzione della collaborazione siano comprese anche quelle di coordinamento temporale, poiché, come si è visto, non di collaborazione si tratta, ma di vera e propria sostituzione della struttura aziendale, la cui attività verrebbe ad essere integralmente demandata ai collaboratori a progetto, col solo controllo dello "ispettore di zona" necessariamente e meramente saltuario, trattandosi di soggetto già impiegato in servizi analoghi presso vari Comuni del Nord Italia.

In conclusione, non si vuol negare di certo la possibilità che l'esecutore di un appalto pubblico di servizi si avvalga – anche - della figura contrattuale in parola; si intende invece evidenziare che nella particolare fattispecie in esame non ne ricorrono i presupposti, mancando segnatamente l'esistenza di un progetto o programma specifici, l'indipendenza dal tempo di esecuzione e la finalizzazione ad un risultato.

Quanto poi alla questione concernente il rinnovo degli impianti di affissione, ed a parte che risulta dalla nota in data 10 febbraio 2004, contenente i chiarimenti forniti dalla BETA, come la medesima abbia effettivamente calcolato l'incidenza dei costi sulla base di "7 (5 + 2) anni previsti dalla concessione" (pag. 4), basta rilevare che il prospettato sconto del 50% è stato comprovato unicamente da un preventivo non costituente impegno negoziale, in quanto mancante di termine di validità dell'offerta commerciale e di accettazione della destinataria, oltretutto ipotetico, perché riferito al caso di fornitura superiore a 100 impianti, nonché concernente strutture che la stessa BETA dubita siano dotate delle "caratteristiche costruttive formulate nel progetto tecnico", tanto da essere indotta a non considerare "tale condizione contrattuale privilegiata (...)" per garantire un sostanziale margine sugli eventuali maggiori costi" (pag. 5 della citata nota).

Le considerazioni sin qui esposte comportano l'accoglimento delle censure che investono gli aspetti trattati, contenute nel menzionato quarto motivo dell'appello principale. E poiché l'appellata non ha contestato in primo grado e, peraltro, neppure in questa sede che i costi relativi al personale ed al rinnovo degli impianti pubblicitari costituiscano le voci preminenti ed assorbenti della propria offerta, le stesse considerazioni sono sufficienti a confermare l'incongruità della stessa e di qui a consentire, per un verso, l'accoglimento integrale dell'appello principale nonché, per altro verso, la reiezione dell'appello incidentale, con conseguente riforma della sentenza appellata, reiezione del gravame principale di primo grado e declaratoria di improcedibilità del relativo gravame incidentale, senza necessità di esame delle restanti censure dell'uno e dell'altro appello.

Tuttavia, la peculiarità della vicenda consiglia la compensazione tra le parti delle spese dei due gradi.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale in epigrafe, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata respinge il ricorso principale di primo grado e dichiara improcedibile il ricorso incidentale parimenti di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 marzo 2008 con l'intervento dei magistrati:

**Raffaele Iannotta** Presidente

**Giuseppe Severini** Consigliere

Caro Lucrezio Monticelli Consigliere

Aniello Cerreto Consigliere

Angelica Dell'Utri Costagliola Consigliere, est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Angelica Dell'Utri Costagliola f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**il 17/09/2008**

**(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)**

**p.IL DIRIGENTE**

**f.to Livia Patroni Griffi**

*N°. RIC. 7503/07*

*N°. RIC. 7503/07*

EDG

EDG

EDG