



REPUBBLICA ITALIANA

Sent. n.1987

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno 2006

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – 2^a **R.g.n. 737**

Sezione – ha pronunciato la seguente

Anno 2005

SENTENZA

1) sul ricorso n. **737/2005** proposto dalla coop. SUPPORTO s.r.l. (in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. Cooperativa Supporto s.r.l. – ON STAGE s.r.l.), in persona del suo legale rappresentante sig. Antonio Rinaldi, e da ON STAGE s.r.l. (in proprio e quale mandante della medesima costituenda A.T.I.), in persona del suo legale rappresentante, sig. Umberto Marmolino, con sede entrambe in Torino, rappresentate e difese dall'avv. Stanislao De Santis ed elettivamente domiciliato in Torino, corso Re Umberto n. 5/bis, presso lo studio dell'avv. Roberto Cottellero

contro

- il Comune di Torino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Laura Piovano e Anna Maria Arnone dell'Avvocatura Comunale di Torino ed elettivamente domiciliato in Torino, piazza Palazzo di Città n.1, presso gli stessi;

e nei confronti

della Società servizi socio - culturali s.c.a.r.l., in proprio e quale capogruppo del R.T.I. Società servizi socio-culturali s.c.a.r.l. - Coop. "Verona 83" s.r.l., con sede in Venezia

Mestre, via Ulloa n. 5, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alfiero Farinea ed elettivamente domiciliata in Torino, via Cavalli n. 36, presso lo studio dell'avv. Federico Bernardi,

per l'annullamento, previa sospensiva,

degli atti e delle operazioni della gara mediante licitazione privata, indetta dal comune di Torino, con bando n. 172/2004 (pubblicato l'11/1/2005), avente ad oggetto "l'affidamento dell'organizzazione e della gestione dei servizi di emissione biglietti, gestione cassa, accoglienza del pubblico, vendita di pubblicazioni, presidio diurno degli spazi espositivi presso i musei in convenzione con la città e le sedi museali afferenti il settore musei" e in particolare del verbale del 6 aprile 2005 (non ancora integralmente conosciuto dalla ricorrente, al pari degli altri atti del procedimento, pur essendo stata avanzata fin dall'11/4/2005 formale istanza di accesso), con la quale l'A.T.I. ricorrente è stata esclusa dalla gara di cui infra, che è stata invece provvisoriamente aggiudicata (per quanto è dato sapere alla data odierna, in difetto di alcuna espressa comunicazione da parte dell'Amministrazione appaltante) in favore della costituenda A.T.I. SIRT-83 s.c.a.r.l. Verona, nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, e segnatamente, in quanto occorra, delle determinazioni dirigenziali n. 458 del 4/11/2004, n. 522 del

24/11/2004, n. 21 del 25/1/2004 (anche esse mai conosciute dalla ricorrente);

nonché per la condanna del medesimo Comune al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza della illegittima esclusione dalla gara, da liquidare sulla base del mancato utile d'impresa, ove non possa farsi luogo alla reintegrazione in forma specifica;

2) sui motivi aggiunti, notificati il 29 giugno 2005, proposti

per l'annullamento, previa sospensiva dei seguenti atti e provvedimenti della gara mediante licitazione privata indetta dal Comune di Torino, con bando n. 172/2004, per "l'affidamento dell'organizzazione e della gestione dei servizi di emissione biglietti, gestione cassa, accoglienza del pubblico, vendita di pubblicazioni, presidio diurno degli spazi espositivi presso i musei in convenzione con la città e le sedi musali afferenti il settore musei": 1) verbale della Commissione del 6/4/2005, redatto dal Segretario Generale della Città di Torino n. 1580 rep., avente ad oggetto la aggiudicazione, in favore della ATI Coop. Servizi socio culturali (Onlus) – Coop. Verona 83 s.c.a.r.l., della gara per cui è causa; 2) relazione del Settore Musei, costituente l'allegato 2 al predetto verbale, avente ad oggetto valutazione delle controdeduzioni dell'odierna ricorrente; 3) verbale del 31/3/2005 avente per oggetto rinvio delle operazioni

dell'ulteriore verifica congruità; 4) verbale del 23/3/2005, avente ad oggetto l'attribuzione del punteggio tecnico e rinvio delle operazioni di gara al 31/3/2005 per la verifica della (presunta) anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente; 5) verbale del 16/3/2005, avente ad oggetto ammissione di tutti i concorrenti alla gara; 6) verbale del 9/3/2005, avente ad oggetto rinvio delle operazioni al 16/3/2005; ogni altro atto comunque connesso;

3) sui motivi aggiunti, notificati il 23 novembre 2005, proposti

per l'annullamento

dei seguenti atti e provvedimenti della gara mediante licitazione privata indetta dal Comune di Torino, con bando n. 172/2004, per "l'affidamento dell'organizzazione e della gestione dei servizi di emissione biglietti, gestione cassa, accoglienza del pubblico, vendita di pubblicazioni, presidio diurno degli spazi espositivi presso i musei in convenzione con la città e le sedi museali afferenti il settore musei"; 1) determinazione dirigenziale n. 247 del 10/10/2005, conosciuta in seguito al deposito in giudizio in data 28/10/2005, con la quale il Direttore del Servizio Centrale Contratti, Appalti ed Economato ha approvato la definitiva aggiudicazione in favore dell'A.T.I. Coop. soc. Servizi Culturali O.N.L.U.S. (capogruppo), con sede in Venezia Marghera, via G. Ulloa n. 5

e “Verona 83” soc. coop. (mandante), con sede in Verona, via Fermi n. 61, della anzidetta licitazione privata; 2) determinazione dirigenziale n. 115 dell’8/4/2005, con la quale il Dirigente del Settore Musei – Vice Direzione Generale Gabinetto del Sindaco e Servizi Culturali, dott. Daniele Lupo Jallà, ha autorizzato, per asseriti motivi d’urgenza, la consegna anticipata dei servizi oggetto di gara in favore della sopra indicata aggiudicataria (all’epoca, provvisoria), con decorrenza dal 18 aprile 2005 e fino al 31 marzo 2007; 3) ogni altro atto comunque connesso – nonché per il risarcimento dei danni derivati e derivandi a carico della ricorrente in dipendenza della illegittima aggiudicazione della gara ‘de qua’ in favore della controinteressata.

Visti il ricorso con i relativi allegati;

Visto il decreto del Presidente di questa Sezione n. 341 del 9 giugno 2005;

Visti l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Torino ed i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti notificati il 29 giugno 2005;

Visti la memoria di costituzione in giudizio della Società servizio Socio Culturale coop. sociale ONLUS ed i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti notificati il 23 novembre 2005;

Viste le memorie depositate dal Comune di Torino e dalle

società ricorrenti;

Visti gli atti tutti della causa e le relative produzioni documentali;

Relatore all'udienza del 9 febbraio 2006 il Referendario Ivo Correale;

Uditi gli avv.ti S. De Santis, per le società ricorrenti, e M. Piovano, per il Comune resistente;

dato atto che l'11 febbraio 2006 è stato depositato il dispositivo della presente sentenza.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Quanto al ricorso.

Con determinazione n. 458 del 4 novembre 2004 del Dirigente Settore Musei - Divisione Servizi Culturali del Comune di Torino era approvato il ricorso alla licitazione privata per la fornitura dei servizi di emissione biglietti, gestione cassa, accoglienza del pubblico, vendita pubblicazioni, presidio diurno degli spazi espositivi presso le civiche sedi museali o i musei in convenzione con la Città, da esperirsi sotto l'osservanza dell'allegato capitolato speciale, pure approvato, unitamente alla pubblicazione dell'avviso di indicenda gara.

Con successiva determinazione dello stesso Dirigente n. 522 del 24 novembre 2004, erano posticipati i termini relativi a tale licitazione privata, fissandoli al 1 aprile 2005, termine iniziale,

e al 31 marzo 2007, termine finale.

Publicato con le formalità di legge il relativo bando in data 11 gennaio 2005, erano inviate le relative lettere-invito, tra cui, in data 24 febbraio 2005, quella indirizzata alla Supporto s.r.l.

In data 9 marzo 2005, giusta il relativo verbale, si apriva la seduta pubblica per la gara in questione, si richiamavano le varie determinazioni dirigenziali, relative all'indizione di tale procedura concorsuale, si evidenziava che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 157/95, a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa e secondo i parametri indicati all'art. 8 del Capitolato, il quale prevedeva per il "Punteggio economico" che "Alla migliore offerta economica saranno attribuiti 60 punti. Alle offerte economiche di importo superiore, sarà attribuito un punteggio a scalare calcolato in modo proporzionalmente inverso come di seguito esemplificato: $p = pm \times Pm/P$, e per il "Punteggio tecnico" che "Alle ditte saranno attribuiti ulteriori 40 punti così suddivisi: - Punti 15 - Descrizione analitica del servizio che si intende realizzare in ogni singola sede museale. Punti 10 - Criteri di selezione del personale che sarà impiegato. - Punti 5, Ulteriore formazione, Oltre a quella richiesta, ulteriore formazione, già fornita, al personale che sarà impiegato nelle sedi. - Punti 2,

Organizzazione dei turni del personale. - Punti 3, Mezzi tecnici che si impiegheranno. - Punti 5, Impiego di un responsabile operativo sul territorio con esperienza nell'espletamento dei servizi.”: nella medesima seduta del 9 marzo 2005, era anche indicata la composizione della commissione di gara, il cui presidente era il dott. M. Valero, dirigente del Settore Appalti del comune di Torino e i due componenti erano il dott. D. L. Jallà, Dirigente del Settore Musei e la dott.ssa F. Ricotta, funzionario del Settore Appalti, la quale constatava che le lettere d'invito risultavano essere state spedite senza rispettare il termine minimo di 10 giorni per la ricezione delle offerte previsto dall'art. 10, comma 8, lett. b), d.lgs. n. 157/95, per cui si stabiliva un nuovo termine per la presentazione delle offerte e di aggiornare la seduta di gara al 16 marzo 2005.

In tale data, giusta il relativo verbale, si riuniva la commissione di gara in nuova composizione, presieduta dal dott. M. Mantovani, dirigente del Settore Appalti e composta anche dal sig. D. Battiston, delegato del dirigente del Settore Musei e dalla dott.ssa F. Ricotta, funzionario del Settore Appalti già componente della precedente commissione riunitasi il 9 marzo 2005: la detta commissione procedeva alla ricognizione dei plichi pervenuti, verificando che avevano presentato offerta entro il termine prescritto cinque ditte, tra cui la A.T.I. Supporto , soc. coop a r.l., On Stage s.r.l. e,

constatata la regolarità della documentazione presentata ed ammessi tutti i concorrenti alla gara, procedeva alla consegna della documentazione relativa alle caratteristiche tecnico-qualitative delle offerte alla sottocommissione tecnica, costituita ai sensi dell'art. 17, comma 5, del Regolamento Contratti del Comune, con provvedimento del Direttore del Servizio Centrale Contratti, Appalti ed Economato emesso l'8 marzo 2005. La gara era così sospesa e rinviata al 23 marzo 2005.

In tale data tornava a riunirsi la commissione, con la presenza del dott. Vincenzo Simone, altro delegato del Dirigente Settore Musei, ed in tale occasione, essa, esaminata la relazione effettuata dal Settore Musei, facente parte integrante del verbale, attribuiva i punteggi tecnici indicati in un prospetto allegato e, quindi, procedeva all'apertura delle offerte economiche ed alla lettura delle stesse: il presidente, dichiarava che un'offerta risultava in aumento e, quindi, questa veniva esclusa e non concorrevano al calcolo della media; egli, poi, dichiarava che, in base ai conteggi effettuati la media era del 7,66536, e, pertanto, veniva assoggettata a verifica l'offerta dell'A.T.I. Supporto s.c.a.r.l./On Stage s.r.l.; la seduta di gara veniva sospesa e rinviata al 31 marzo 2005.

Con nota del 23 marzo 2005 il Dirigente del Servizio Centrale Contratti, Appalti ed Economato-Settore Appalti chiedeva

all'A.T.I. Coop. Supporto s.c.a.r.l./On Stage s.r.l. *“di formulare per iscritto, precisazioni in merito alla composizione dell'offerta, provvedendo a trasmettere una relazione dettagliata ed analitica che evidenzi la congruità dei prezzi offerti per il servizio in oggetto”*, nel termine perentorio del 30 marzo 2005: la detta ATI provvedeva in tale data, inviando una relazione, con la quale si specificava che: *“1. Il costo orario del lavoro è ricavato dalle tabelle che si allegano con i numeri 1 e 2 alla presente e che ci sono pervenute dal nostro consulente del lavoro, rag. Flavio Greggio, che le ha elaborate sulla base del Contratto Collettivo richiesto dal Capitolato di gara, che si allega al presente con il n.3; 2. non sono stati conteggiati costi di ammortamento in quanto i mezzi e le attrezzature sono già ampiamente ammortizzati; 3. sono state previste le spese per i materiali di consumo (prodotti di pulizia ecc...) e le spese per il carburante; 4. i costi per la sicurezza si riferiscono ai corsi di aggiornamento annuali, in quanto la formazione base è già stata fornita a tutto il personale; 5. si è prevista una ulteriore formazione specifica per il personale addetto alle sedi museali, così come previsto nella nostra offerta tecnica; 6. sono state calcolate le spese di gestione aziendale: telefono, fax, segreteria, ecc...; 7. è stato previsto il costo per le assicurazioni richieste e per i diritti dovuti in caso di aggiudicazione. Quanto sopra, meglio si*

evince dalla tabella che si allega al presente con il n. 4 e dalla quale risulta un margine lordo per l'ATI, pari a EURO 31.563,62. Certamente non è previsto un grosso utile, ma per la politica aziendale dell'ATI è importante e primario garantire la continuità lavorativa al personale attualmente impiegato".

In data 31 marzo 2005 tornava a riunirsi la Commissione di gara, composta dal presidente dott. Mantovani, dirigente del Settore Appalti, dal dott. D. L. Jallà, dirigente del Settore Musei e dalla dott.ssa F. Ricotta, funzionario del Settore Appalti; il presidente, rilevato che le verifiche per la congruità dei prezzi richiesti all'A.T.I., in precedenza indicata, non erano ancora terminate, dichiarava la seduta di gara sospesa e rinviata al 6 aprile 2005.

Con nota prot. n. 4385, in data 31 marzo 2005, il dirigente del Settore Musei, comunicava all'ATI in questione quanto segue: *"In data 31 marzo 2005 si è svolta la seduta pubblica per verificare la congruità dell'offerta economica da Voi formulata. La commissione di gara dopo aver esaminato le controdeduzioni pervenute in data 30 marzo 2005, ha valutato che esse non forniscono gli elementi necessari e sufficienti per stabilire la conformità delle dichiarazioni rispetto a quanto richiesto in capitolato e già oggetto di richiesta specifica in data 23 marzo 2005. Considerato che in risposta a tale*

richiesta riconfermate l'applicazione al personale del Contratto Nazionale di Lavoro per personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrali/multiservizi, Vi preghiamo di voler indicare la conciliabilità fra i prezzi indicati negli allegati 1,2,3 e 4 da Voi prodotti, con la tabella ministeriale che presenta cifre nettamente superiori, evidenziando in particolare in che modo l'applicazione del D.P.R. 602/70 consenta una riduzione del costo orario pari a circa il 16% tenendo conto dei costi del personale ai livelli retributivi e di inquadramento attuali. La risposta dovrà pervenire perentoriamente entro le ore 10,00 del 4 aprile 2005..."

In riferimento a tale richiesta, in data 4 aprile 2005, la costituenda ATI inviava le seguenti ulteriori giustificazioni: *"un raffronto diretto tra tabella ministeriale, che indica dei costi medi su tutta la realtà aziendale italiana, e lo specifico di una società o una cooperativa ci appare poco proponibile per una variata serie di ragioni. Di questo avviso è anche il nostro consulente del Lavoro, che ha già inoltrato una risposta alla Vostra richiesta che alleghiamo (allegato 1). In ogni caso ci sembra opportuno evidenziarVi quali sono le maggiori incongruenze tra la nostra realtà e la tabella ministeriale (che ribadiamo è fatta in alcune voci tenendo presenti parametri non riferibili alla nostra società). Permetteteci di farVi una*

premessa che sta alla base di quasi tutte le differenze che riscontriamo con la tabella ministeriale o che può creare differenze tra il 'costo orario' e la ' vendita oraria'. Partendo da quest'ultima indicazione una società può in determinati momenti avere costi per 100 persone assunte ma in realtà ha ordini di lavoro che coprono 90 persone: in questo caso può essere molto conveniente per la società saturare le risorse vendendo apparentemente sotto costo. Se la società non si trova in questa condizione avrà ordini che coprono totalmente le 100 persone, pertanto un nuovo ordine (ed è il nostro caso) non potrà che essere coperto con nuove assunzioni. Fatta questa premessa è dato incontrovertibile che l'Ati, in caso di aggiudicazione dell'appalto in questione dovrà ricorrere a nuove assunzioni...". Seguiva poi un'analitica indicazione delle voci di beneficio indicate nella precedente nota di giustificazioni del 23 marzo 2005.

Il 6 aprile 2005 tornava a riunirsi la commissione, la quale, richiamando una relazione effettuata dal Settore Musei, facente parte integrante del verbale, dichiarava non congrua l'offerta dell'ATI Supporto/On Stage: si procedeva, poi, alla trasformazione delle offerte economiche in punteggi prezzo e al calcolo del punteggio totale., e il Presidente, quindi, procedeva alla proclamazione dell'aggiudicazione dell'appalto all'ATI Servizi Socio Culturali/Verona 83, con il punteggio

totale di 80,04 punti; nella richiamata relazione del Settore Musei si precisava quanto segue: *“Nelle controdeduzioni pervenute in data 30 marzo 2005, la Supporto dichiara: “... è importante e primario garantire la continuità lavorativa al personale attualmente impiegato; ma nelle controdeduzioni pervenute in data 4 aprile 2005 si evince chiaramente che la ditta intende assumere personale beneficiando di tutte le agevolazioni derivanti dall'incremento occupazionale affermando che: '... queste coprono in gran parte il delta prezzo da Voi rilevato'. Tuttavia, l'art. 4 punto a) del Contratto Nazionale di Lavoro per personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi, recita: ' in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto'. Inoltre sempre l'art. 4 afferma che: 'Ove l'impresa subentrante sia costituita in forma cooperativa, resta impregiudicata la successiva facoltà del lavoratore dipendente di presentare formale richiesta di adesione in qualità di socio. Al socio verrà comunque garantito un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal c.n.l. Tali assunzioni non costituiscono occupazione aggiuntiva". Anche l'abbattimento IRAP (4,5%) non potrà quindi essere applicato.*

Non trattandosi di nuove assunzioni non sarà possibile applicare quanto disposto in materia dalla Finanziaria 2005. Per quanto riguarda le ' ore medie non lavorate' pari a 507 ore desunte dalle tabelle del costo medio orario, comprensivo dell'accordo integrativo provinciale, del personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi, riteniamo non sia accettabile quanto affermato dal Vs consulente: 'Il conteggio (del costo del lavoro) è stata elaborato utilizzando uno schema semplificato che non tiene conto delle assenze per malattia, maternità, scioperi, in quanto i lavoratori della cooperativa hanno, da sempre, lavorato con serietà riducendo rapidamente a zero l'incidenza e non effettuando pratiche assenze per i motivi sopra elencati, presi in considerazione invece nel conteggio elaborato dal Ministero'. Per i motivi sopraccitati si ritiene non congrua la giustificazione prodotta dalla Ditta Supporto."

Con il ricorso in esame, notificato il 27 maggio 2005, sono stati chiesti l'annullamento, previa sospensiva, degli atti, in epigrafe indicati, nonché la condanna del comune al risarcimento dei danni, pure in epigrafe menzionata, ed il decreto presidenziale cautelare di urgenza, per i seguenti motivi:

Violazione dell'art. 37, comma 2, della direttiva C.E.E. n. 92/50 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 25, comma 2,

d.lgs. 17/3/1995 n. 157 e dell'art. unico, comma 1 4, l. 7/11/2000 n. 327 - Eccesso di potere per omessa considerazione del disposto dell'art. 2 del Decreto del Ministero del Lavoro 5 luglio 2004 - Eccesso di potere per violazione del principio del contraddittorio nel procedimento di verifica della (presunta) anomalia dell'offerta - Difetto di motivazione e di istruttoria - Violazione del principio di libera concorrenza e di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione.

Sostenevano le società ricorrenti che la determinazione con la quale era stata ritenuta anomala l'offerta da loro presentata in corso di gara era frutto di un'evidente travisamento delle disposizioni di legge richiamate e degli elementi di fatto forniti.

Ricordando la normativa generale, anche di origine comunitaria, con cui era precisato che nel valutare tutti gli elementi costitutivi di un'offerta ritenuta anomala l'amministrazione doveva tenere conto integralmente delle spiegazioni ricevute e delle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui eventualmente disponeva l'offerente, le società ricorrenti confermavano tale assunto riscontrandolo anche nella normativa nazionale di cui all'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 157/95 cit e nell'art. unico, comma 1, l.n. 327/2000.

La commissione di gara, quindi, nel considerare come

assolutamente inderogabili le tabelle ministeriali e non avendo motivato adeguatamente se i benefici segnalati dalle odierne ricorrenti avessero dimostrato di poter giustificare il prezzo offerto, senza ledere i diritti dei dipendenti occupati o da occupare, era incorsa in evidente illegittimità.

Infatti, il medesimo legislatore, ben consapevole della multiforme realtà territoriale del mercato e della diversificazione tipologica dei soggetti che vi operano, ammette la possibilità che, nella formulazione di una determinata offerta economica, i pur vincolanti dati ufficiali vengano in concreto disattesi, assumendo così la funzione non di inderogabile ed unico parametro di riferimento, ma di mera indicazione di massima, dalla quale deve comunque essere ritenuto consentito discostarsi, in presenza di circostanze oggettive, quali la spettanza di benefici fiscali o para-fiscali, cui non tutti gli operatori economici, operanti in quel determinato settore, possono accedere nella stessa misura.

Alle società ricorrenti, quindi, non sembrava in via di principio corretto l'orientamento espresso dalla commissione di gara, la quale aveva erroneamente mostrato di scorgere nella tabella ministeriale un'inesistente limite invalicabile della propria discrezionalità tecnica di valutazione dell'eventuale anomalia, senza tenere conto che, ai sensi dell'art. 2 del medesimo decreto ministeriale, la determinazione del costo medio orario

non è immodificabile ma è suscettibile di oscillazioni in relazione a: benefici contributivi fiscali o d'altro previsti da norme di legge, specifici benefici o minori oneri derivanti dall'applicazione della contrattazione collettiva, oneri derivanti da interventi relativi a infrastrutture, attrezzature, macchinari e mezzi connessi all'applicazione del d.lgs. n. 626/94.

Le società ricorrenti, inoltre, ricordavano che anche la giurisprudenza era conforme nel ritenere ampiamente derogabili, secondo quanto sopra evidenziato, i parametri tabellari in questione e nell'individuare la impossibilità di procedere ad esclusione di un'offerta per anomalia considerando i minimi contrattuali come l'unico elemento idoneo a tale conclusione.

La commissione di gara aveva poi omesso di prendere analiticamente in considerazione le singole voci indicate dalle società ricorrenti, violando in tal modo il principio della completezza del contraddittorio, dato che si era limitata alla mera constatazione della divergenza tra il costo orario indicato e le tabelle ministeriali, senza realmente approfondire se la differenza, in relazione alle peculiarità soggettive della concorrenti, fossero o meno giustificate e, soprattutto, senza motivare sul punto, ritenuto essenziale, attinente alla spettanza o meno in favore della concorrente assoggettata alla verifica di anomalia delle indicate situazioni di vantaggio, le quali

avrebbero agevolmente evitato l'apodittico giudizio di anomalia che invece si era ritenuto di formulare, secondo la conclusione della giurisprudenza prevalente richiamata.

Le società ricorrenti formulavano anche richiesta risarcitoria, ritenendo di aver diritto alla reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara in loro favore o, quantomeno, per equivalente, considerando sussistenti tutti i presupposti per decidere in tal senso.

Con il decreto indicato in epigrafe, il Presidente di questa sezione rigettava la domanda cautelare di sospensione in via provvisoria degli atti impugnati.

Si costituiva in giudizio il Comune di Torino, chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del 26 giugno 2005, la trattazione della domanda cautelare era rinviata al 13 luglio 2005.

Quanto ai motivi aggiunti, notificati il 29 giugno 2005, con i quali è stato chiesto, l'annullamento, previa sospensione, degli atti indicati in epigrafe:

Essi sono i seguenti:

Violazione dell'art. 37, comma 2, della direttiva C.E.E. n. 92/50 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 25, comma 2, d.lgs. 17/3/1995 n. 157 e dell'art. unico, comma 1 4, l. 7/11/2000 n. 327 - Eccesso di potere per omessa considerazione del disposto dell'art. 2 del Decreto del

Ministero del Lavoro 5 luglio 2004 - Eccesso di potere per violazione del principio del contraddittorio nel procedimento di verifica della (presunta) anomalia dell'offerta - Difetto di motivazione e di istruttoria - Violazione del principio di libera concorrenza e di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione. Eccesso di potere per travisamento e sviamento dal pubblico interesse.

Richiamate le considerazioni già svolte con il ricorso introduttivo, le società ricorrenti osservavano che nella relazione del Settore Musei, posta alla base delle motivazioni per disporre l'esclusione, secondo il relativo verbale del 6 aprile 2005, si ritenevano le affermazioni contenute nelle controdeduzioni del 4 aprile 2005 come contraddittorie e non conformi al disposto dell'art. 4, punto a) del CCNL del Settore, il quale prevederebbe, nella sostanza, l'obbligo dell'impresa subentrante nel servizio di assumere a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali, il personale dell'impresa cessata; la facoltà dei dipendenti dell'impresa cessata di presentare, all'impresa subentrante, formale richiesta di adesione quale socio (qualora questa sia una cooperativa); il relativo obbligo di garantire al nuovo socio il trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal CCNL.

In presenza di tali condizioni, secondo la su citata relazione,

tali assunzioni non costituirebbero "occupazione aggiuntiva", così che le offerenti non avrebbero potuto ottenere i benefici previsti per tale circostanza, ivi compreso l'abbattimento dell'IRAP.

Osservavano in merito le società ricorrenti che era stata palesemente fraintesa l'affermazione richiamata nella suddetta nota ("è importante e primario garantire la continuità lavorativa del personale attualmente impiegato"), riportata per altro in modo incompleto e tale da alterarne il significato, mancando, infatti, la trascrizione della prima parte, ove si affermava che "...certamente non si è previsto un grosso utile, ma per la politica aziendale dell'ATI...". Nel formulare tale affermazione, invero, la Supporto scarl non intendeva di certo escludere l'eventualità di assumere nuovo personale ma soltanto precisare che avrebbe rinunciato ad un margine maggiore di quello indicato pur di non sacrificare, restando così fedele al principio solidaristico, i lavoratori già in servizio e non dando luogo ad alcuna contraddizione nell'offerta.

In secondo luogo, le società ricorrenti osservavano che la garanzia occupazionale prevista dalla richiamata norma contrattuale era destinata ad operare soltanto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali, secondo logica. Qualora tale presupposto non fosse sussistito, e cioè in caso di

cessazione dell'appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, il medesimo art. 4, lettera b), stabiliva che l'impresa subentrante sarebbe stata convocata presso l'associazione territoriale cui conferiva mandato, in assenza presso la D.P.L., al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali.

Nel caso di specie non sussistevano parità di condizioni, date invece per scontate nella suddetta relazione, e non poteva apoditticamente escludersi che l'affidamento del servizio non avrebbe creato nuova occupazione.

Non a caso, il capitolato speciale da appalto non recava alcuna disposizione in tal senso ed in particolare non prevedeva alcun vincolo per l'impresa aggiudicataria di assumere incondizionatamente il personale dell'impresa cessata. Il medesimo contratto collettivo inoltre non prevedeva un incondizionato obbligo della cooperativa subentrante ad ammettere quali propri soci dipendenti dell'impresa cessata ma soltanto la "facoltà", stabilita in favore di questi ultimi, di avanzare tale domanda, compatibilmente, tra l'altro, con le norme statutarie della cooperativa subentrante.

Ne derivava come manifestamente arbitraria la conclusione per la quale la coop. Supporto, ove affidataria del servizio, non avrebbe creato nuova occupazione, beneficiando delle vigenti

agevolazioni.

A tutto ciò, secondo l'opinione delle società ricorrenti, dovevano aggiungersi altre due insuperabili considerazioni: 1) anche se interessata fosse tenuta ad assumere alle proprie dipendenze uno o più lavoratori dell'impresa cessata, non per questo la medesima non avrebbe dato luogo formalmente a nuove assunzioni, con conseguente diritto ai benefici di legge; 2) i servizi oggetto di gara riguardavano anche due musei, i quali funzionavano, il primo, ancora al 50%, ed il secondo non risultava ancora aperto, di guisa che ben si poteva dar luogo a nuove assunzioni con le ripetute agevolazioni.

Inoltre, osservavano le società ricorrenti, in relazione all'affermazione per la quale non inciderebbero nel costo del lavoro prospettato le ore medie non lavorate, pari a 507, l'estensore della relazione si era limitato ad affermare che tale argomento non era ritenuto "accettabile" senza addurre, però, alcuna specifica motivazione.

Tale assenza di motivazione era ulteriormente rilevata dalle società ricorrenti in ordine alla argomentazione relativa alla ritenuta inaccettabilità delle giustificazioni proposte in ordine all'applicazione del D.P.R. n. 602/70, con riduzione del costo orario pari a circa il 16%.

L'amministrazione, infatti, si era limitata a soffermarsi soltanto sul più labile ed aleatorio degli elementi di valutazione

sottoposti al suo esame, vale a dire sull'ipotizzata assunzione di nuovo personale ma senza replicare analiticamente a quanto dedotto nelle seconde giustificazioni presentate.

Così facendo, l'amministrazione aveva omesso di osservare un principio fondamentale riconosciuto anche dalla giurisprudenza, secondo il quale un'offerta non può considerarsi anomala solo perché determinate voci si discostano dai prezzi medi di mercato, ricorrendo invece la necessità che gli scostamenti rendano l'offerta, nel suo complesso, inaffidabile.

Si costituiva in giudizio la Società Servizi Socio Culturali coop. Onlus, rilevando l'inammissibilità delle censure dedotte, perché tendenti a contestare nel merito l'operato della commissione di gara, e comunque la loro infondatezza.

Il Comune di Torino, in prossimità della camera di consiglio del 13 luglio 2005, depositava una memoria ad illustrazione delle proprie tesi difensive, in cui ribadiva anch'esso l'inammissibilità delle censure svolte, perché tese a contestare nel merito il giudizio discrezionale della commissione di gara, e comunque la loro infondatezza.

Alla suddetta camera di consiglio la trattazione della domanda cautelare era rinviata a quella del merito, fissata all'udienza pubblica del 16 novembre 2005.

A tale udienza era disposto rinvio al 9 febbraio 2006.

Quanto ai motivi aggiunti, notificati il 23 novembre 2005, con i quali è stato chiesto l'annullamento degli atti, indicati in epigrafe

Essi sono i seguenti:

A) Avverso la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 247/2005:

1. Illegittimità derivata.

Le società ricorrenti ritenevano tale provvedimento viziato per illegittimità derivata e, pertanto, riportavano integralmente i motivi dedotti con il ricorso principale e con i precedenti motivi aggiunti.

2. Violazione del principio in tema di non vincolatività della contrattazione collettiva in favore di datori di lavoro non aderenti alle associazioni stipulanti.

Le società ricorrenti rilevavano di aver prodotto in giudizio un'autodichiarazione, non contestata dalle controparti, attestante che la stessa non è iscritta ad alcuna delle associazioni sindacali che avevano stipulato il contratto collettivo di categoria. Ne derivava la sicura non opponibilità nei loro confronti del principio di cui al richiamato art. 4, punto a), CCNL, relativo all'obbligo di assumere, a parità di termini modalità e prestazioni contrattuali, il personale dell'impresa cessata, con la conseguenza che le nuove assunzioni avrebbero a tutti gli effetti costituito occupazione

aggiuntiva e che sarebbe stato, quindi, legittimo l'abbattimento dell'IRAP come evidenziato nelle giustificazioni.

3. Falsa applicazione degli artt. 75 e 76 del D.P.R. 28/12/2000 n.445 - Violazione dell'art. 71 del medesimo D.P.R. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 20 della l. 7/8/1990 n. 41 - Eccesso di potere del difetto di motivazione, falsità dei presupposti e ulteriore sviamento dall'interesse pubblico.

Risultava che l'amministrazione, nel procedere nei confronti dell'aggiudicataria ai controlli sulla veridicità delle dichiarazioni previste dal bando e dalla lettera di invito, aveva richiesto agli enti competenti i certificati inerenti i suddetti controlli ma aveva tuttavia ritenuto di adottare comunque un provvedimento di aggiudicazione sotto riserva, in quanto, non essendo pervenuta alcuna pronuncia da parte dell'INPS, si considerava intervenuto il silenzio assenso relativamente alla regolarità dei pagamenti dovuti dall'aggiudicataria.

Sotto tale specifico profilo la determinazione di aggiudicazione definitiva era palesemente viziata, perché non era consentita in alcun modo dalle norme sopra richiamate alcuna forma di aggiudicazione "sotto riserva" e perché appariva del tutto oscuro in virtù di quale principio si fosse interpretato come "assenso" il silenzio serbato dall'INPS sulla richiesta concernente la regolarità o meno della posizione contributiva, dato che l'art. 71 del D.P.R. richiamato faceva invece cenno

alla necessità di conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri custoditi dall'amministrazione certificante.

Inoltre, risultava che nei confronti dell'INAIL non era stata effettuata alcuna richiesta simile e che comunque, nel caso di specie, trattandosi di dichiarazione di scienza e non di provvedimento amministrativo, non poteva applicarsi il principio generale di cui all'art. 20 l.n. 241/90.

B) Avverso la determinazione dirigenziale n. 115/2005 di consegna anticipata del servizio: eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di motivazione.

Le società ricorrenti osservavano che l'aggiudicazione definitiva era intervenuta ad oltre sei mesi di distanza dalla consegna provvisoria e che l'amministrazione comunale, dopo aver approvato la posticipazione dei termini di decorrenza iniziale e finale della licitazione privata, come da determinazione dirigenziale del 24 novembre 2004 sopra richiamata, aveva ritenuto di consegnare in anticipo il servizio. Tale determinazione appariva alle società ricorrenti illegittima, rendendo estremamente difficoltoso, all'esito dell'accoglimento del ricorso, l'affidamento del servizio in loro favore, in assenza di effettive ragioni di urgenza, dato che ben poteva essere prorogato brevemente il servizio in corso senza influire sul presente giudizio, di per sé ampiamente prevedibile dal

Comune di Torino, atteso l'esito della gara.

In prossimità dell'udienza pubblica le società ricorrenti depositavano una memoria ad illustrazione ulteriore delle proprie tesi ed a confutazione di quelle delle controparti.

Anche il comune di Torino depositava una memoria, rilevando l'inammissibilità del secondo e del terzo motivo aggiunto da ultimi notificati, dato che, in relazione al secondo, si palesava la sua tardività, dato che le ricorrenti potevano individuare detta censura sin dal momento della proposizione del ricorso principale; in relazione al terzo, si palesava la sua inammissibilità per carenza di interesse, in quanto dall'accoglimento della specifica doglianza nessun beneficio poteva concretamente conseguire alle società ricorrenti.

Il comune di Torino rilevava, comunque, anche l'infondatezza di tali motivi aggiunti.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio rileva che i motivi, dedotti con il ricorso e i motivi aggiunti notificati il 29 giugno 2005, possono essere trattati congiuntamente, in quanto essi si riferiscono, in sostanza, alla asserita carenza di motivazione in ordine alla ritenuta non congruità dell'offerta propria delle società ricorrenti, costituite in ATI, in relazione alle giustificazioni presentate.

In primo luogo, il Collegio non ritiene fondate le generiche

eccezioni di inammissibilità dei motivi in questione, sollevate sia dal Comune resistente che dalla società controinteressata, in ordine alla loro inerenza al merito della scelta discrezionale dell'amministrazione, come tale insindacabile in sede di legittimità.

Se è vero, infatti, che tale limitazione vige e deve essere osservata, ciò non toglie che, nel caso concreto, ove la scelta discrezionale sia contraddistinta da illogicità, manifesta irrazionalità o contraddittorietà, ben possa essere oggetto di sindacato giurisdizionale sotto il profilo dell'eccesso di potere. E' necessario, quindi, nella presente sede verificare, in concreto, come l'amministrazione abbia esercitato il suo potere e se le motivazioni addotte corrispondano a criteri di logicità, razionalità e coerenza immediatamente verificabili.

Ebbene, sotto tale profilo, il Collegio concorda con la pertinenza al caso di specie dei richiami giurisprudenziali contenuti negli scritti difensivi delle società ricorrenti.

Come già affermato da questo Tribunale e condiviso da giurisprudenza ormai prevalente, infatti, nell'ipotesi di verifica dell'eventuale anomalia o non congruità di un'offerta, l'amministrazione preposta non può dar luogo ad una decisione negativa per la ditta offerente unicamente sulla valutazione di alcune voci di prezzo e relativo discostamento da riferimenti medi di mercato ma deve verificare, in base alle giustificazioni

prodotte, che tale offerta, nel suo complesso, risulti inaffidabile e dunque inidonea, o non congrua, a garantire la serietà della proposta contrattuale ivi contenuta (Tar Piemonte, sez.II, 7.7.01, n. 1489, nonché Cons. Stato, sez.V, 28.6.04, n.4762 e CSI, 14.4.03, n. 154).

Inoltre, l'amministrazione deve considerare e sottoporre a verifica tutte le giustificazioni addotte dalle ditte offerenti, analiticamente esaminate proprio in relazione al loro complesso e al riflesso sull'offerta valutata nel suo insieme, secondo quanto richiesto dalla medesima amministrazione nella fase istruttoria, in considerazione anche del principio di trasparenza ora esplicitamente richiamato dall'art. 1, comma 1, l.n. 241/1990, come modificata dalla l. n. 15/2005 (TAR Lazio, sez.I, 7.5.04, n.3921; Cons. Stato, sez.VI, 10.2.2000, n.707 e 11.12.01, n. 6217).

Fatte tali necessarie premesse di ordine generale, il Collegio dunque passa ad esaminare la fattispecie concreta, per valutare se ricorrano i presupposti di illegittimità invocati dalle società ricorrenti.

Dalla lettura del verbale di gara del 23 marzo 2005, si evince che, a seguito del calcolo della soglia di anomalia, risultava che l'offerta dell'ATI Supporto/On Stage era anomalmente bassa e che, pertanto, si rendeva necessaria una verifica, ai sensi dell'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 157/95.

Con nota del 23 marzo 2005, l'amministrazione richiedeva all'ATI interessata di *"...formulare per iscritto precisazioni in merito alla composizione dell'offerta, provvedendo a trasmettere una relazione dettagliata ed analitica che evidenzi la congruità dei prezzi offerti per il servizio in oggetto"*.

A tale, generica, richiesta l'ATI rispondeva con nota del 30 marzo 2005, ove, unitamente ad una relazione scritta, allegava anche delle tabelle, da cui si evinceva che il CCNL applicato era quello "Pulizie/Multiservizi" e che si intendeva usufruire dell'applicazione del D.P.R. n. 602/1970, inerente al riassetto previdenziale e assistenziale di particolari categorie di lavoratori riferito a società cooperative. Inoltre, in tale relazione si precisava che il margine lordo consisteva in euro 31.563,62, considerato, in effetti, come non un "grosso utile" ma giustificabile perché *"...per la politica aziendale dell'ATI, è importante e primario garantire la continuità lavorativa al personale attualmente impiegato"*.

Esaminate tali giustificazioni, il Dirigente del Settore Musei della Città di Torino, in data 31 marzo 2005, produceva – evidentemente alla commissione di gara – una relazione in cui individuava tre punti per i quali non apparivano congrue le giustificazioni prodotte.

Sotto un primo profilo, pur richiamando la continuità lavorativa del personale impiegato, dall'allegato 4 prodotto

dall'ATI interessata risultava che essa intendeva inquadrare il personale di Presidio e Pulizia nel I livello e quello di Cassa nel II livello, laddove tale personale, ai sensi del vigente CCNL, era inquadrato tutto nel II livello.

Sotto un secondo profilo, specificava la relazione, la norma di cui al D.P.R. n. 602/70, di cui l'ATI offerente voleva avvalersi, come richiamato negli allegati 1 e 2, si poneva in contrasto con il CCNL vigente.

Infine, nella formulazione dei costi, non risultava che l'ATI avesse tenuto conto della percentuale di assenza (6,5%) per malattia, infortunio e maternità.

Con una seconda nota in pari data, indirizzata all'ATI interessata, il medesimo Direttore del Settore Musei affermava che *“La commissione di gara dopo aver esaminato le controdeduzioni pervenute in data 30 marzo 2005, ha valutato che esse non forniscono gli elementi necessari e sufficienti per stabilire la conformità delle dichiarazioni rispetto a quanto richiesto in capitolato e già oggetto di richiesta specifica in data 23 marzo 2005.”*.

Già su tale premessa il Collegio osserva che della richiamata attività valutativa non risulta traccia, dato che nella seduta della commissione di gara, tenutasi in data 31 marzo 2005 e coeva, quindi, alla relazione del Direttore del Settore Musei, si affermava soltanto, genericamente, che *“...Il Presidente della*

gara, preso atto che le verifiche per la congruità dei prezzi richiesti all'Associazione succitata sono ancora in corso dichiara la seduta di gara sospesa e rinviata a MERCOLEDI' 6 APRILE 2005 – ore 10”.

Ad ogni modo, nella medesima nota del 31 marzo 2005 indirizzata all'ATI offerente, il Direttore del Settore Musei, facente parte della commissione di gara riunitasi il medesimo giorno, specificava quanto segue: *“Considerato che in risposta a tale richiesta (del 23 marzo 2005) riconfermate l'applicazione al personale del Contratto Nazionale di Lavoro per personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi, Vi preghiamo di voler indicare la conciliabilità fra i prezzi indicati negli allegati 1,2,3 e 4 da Voi prodotti, con la tabella ministeriale che presenta cifre nettamente superiori, evidenziando in particolare in che modo l'applicazione del D.P.R. 602/70 consenta una riduzione del costo orario pari a circa il 16% tenendo conto dei costi del personale ai livelli retributivi e di inquadramento attuali...”*.

Dalla lettura di tale ulteriore richiesta, quindi, si evince che la commissione di gara voleva conoscere le ragioni della conciliabilità dei prezzi indicati nelle tabelle allegate nelle precedenti giustificazioni con le tabelle ministeriali, indicanti cifre “nettamente superiori”, con particolare riferimento

all'applicabilità del DPR n. 602/70 e alla riduzione stimata del costo orario del 16%, pur tenendo conto dei costi del personale ai livelli retributivi attuali.

A tale seconda richiesta, l'ATI interessata rispondeva con una articolata nota, con allegati una relazione di un consulente del lavoro ed estratti di normativa vigente.

In particolare, l'ATI, premettendo di essere nella condizione di avere ordini che già le permettevano di "coprire" totalmente il personale attualmente impiegato, precisava che, con l'acquisizione del nuovo appalto, sarebbe dovuta ricorrere a nuove assunzioni.

Tale incremento occupazionale beneficiava delle agevolazioni previste e *"...queste coprono in gran parte il delta prezzo da Voi rilevato"*.

A tali considerazioni, poi, l'ATI comunque aggiungeva le seguenti osservazioni specifiche:

"La prima voce di beneficio sull'incremento occupazionale è l'IRAP che incide come a voi noto per il 4,5% sul costo del lavoro. Bene l'art. 1 comma 347 lettera d della legge nr. 311/2004 - meglio nota come 'Finanziaria 2005' - prevede la totale esenzione da tale imposta per le imprese che presentano un incremento occupazionale (allegati 1 e 2). La seconda voce di beneficio è costituita da leggi della regione Piemonte per l'esattezza la legge 215/92 per il sostegno all'imprenditoria

femminile e la legge 12 art. 8 del 18/5/04 per l'incremento dell'occupazione femminile. Anche in questo caso la tipologia di lavoro del presente appalto ci permette di fruire di detto beneficio.

Analizziamo invece alcune delle voci che la tabella Ministeriale contiene, mentre dall'Ati non sono state tenute presenti perché non rispondenti alla nostra realtà lavorativa. Restando sul tema delle "Imposte e tasse" per il calcolo dell'Irpeg la tabella fa riferimento alle società di capitali con scopo di lucro ed utilizza presumibilmente un utile medio, mentre la cooperativa Supporto è classificata come società cooperativa che non ha scopo di lucro, pertanto usufruisce dell'Irpeg ridotta. L'Irpeg è un'imposta che viene calcolata "sull'utile" di una società, non su una singola attività in utile, quindi mediamente può avere senso il dato indicato, ma non può essere preso come un parametro di costo.

"Accordo integrativo" come bene specificato nella tabella stessa questo non si applica ai "nuovi assunti" tra le voci incide anche sugli oneri aggiuntivi ed è valutabile tra 1,5-2 di beneficio (Totale A e totale B).

"Festività retribuite" è un costo non previsto per l'ATI TFR abbassandosi i totali A e B anche quest'ultimo dovrà essere rivisto al ribasso di un ulteriore 1,5-2%, ed in ogni caso il TFR non è liquidato annualmente ma trattasi di un

rateo che per regolamento interno della cooperativa è legato all'attivo di bilancio.

Rivalutazione del TFR, trattandosi di nuova occupazione è una voce che non ci riguarda, ed è un ulteriore 1% o per meglio dire più di 100 euro.

Fondo di previdenza complementare, anche questa voce non ci sembra da tenere in considerazione.

Dell'IRAP e dell'IRPEG abbiamo già trattato, vogliamo sottolineare per eliminare qualsiasi equivoco che anche l'incidenza oraria di tali imposte indicate dalla tabella differisce notevolmente dalla nostra realtà, in quanto ATI, dove la manodopera a un'alta incidenza.

Ultimo ma non ultimo il calcolo delle " ore lavorate" dove vengono inserite bene 507 ore di non lavorate e pagate, trattasi di medie. Ma capirete che è ben diversa la realtà di ore non lavorate da un dipendente Fiat o del Comune di Torino e quello di una cooperativa di lavoro, e questa voce incide notevolmente sul calcolo (507 ore su 2088 teoriche sono il 25% del pagato e non lavorato).

Riteniamo di essere stati più che esaustivi, avendovi dimostrato che la differenza di 16 punti percentuali non è dovuta all'utilizzo della legge 602 (beneficio che non abbiamo preso in considerazione in questa trattazione, perché di stretta competenza del consulente del lavoro), ma è una differenza

ampiamente giustificabile solo considerando alcune delle voci che compongono il costo del lavoro.

In estrema sintesi, la fra i prezzi dello indicate quanto indicato nella tabella ministeriale da Voi indicata è la seguente:

<i>IRAP</i>	<i>4,5%</i>
<i>IRPEG</i>	<i>NON DOVUTA</i>
<i>ACCORDO INTEGRATIVO</i>	<i>1,5%</i>
<i>FESTIVITA' RETRIBUITE TFR</i>	<i>VARIABILE COME DA BILANCIO</i>
<i>FONDO DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE</i>	<i>NON DOVUTO</i>
<i>ORE 507 NON LAVORATE E PAGATE</i>	<i>- 25%</i>

Nel caso in cui le giustificazioni addotte nella presente negli allegati non siano ritenute sufficientemente esaustive, siamo disponibili ad inviarVi un file all'indirizzo e-mail che ci fornirete, contenente la tabella ministeriale con i calcoli richiesti, specificandoci inoltre a quale tabella facciate riferimento."

Ebbene, in relazione a tale cospicuo materiale di valutazione fornito dall'ATI interessata, la commissione si è limitata a ritenere non congrua l'offerta, richiamando a fondamento della motivazione, senza ulteriore valutazione, la relazione effettuata dal Settore Musei, facente parte integrante del verbale della seduta del 6 aprile 2005.

In essa, premettendo l'osservazione per la quale l'offerente intendeva assumere personale beneficiando di tutte le agevolazioni derivanti dall'incremento occupazionale, si evidenziavano tre punti di dissenso, quali: a) il richiamo all'art. 4, lett. a) del CCNL vigente, secondo il quale non costituiva occupazione aggiuntiva l'assunzione, da parte dell'impresa subentrante, anche in qualità di socio se quest'ultima era costituita in forma cooperativa, del personale di quella subentrata, in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali; b) l'impossibilità di avvalersi dell'abbattimento dell'IRAP in assenza di "nuove assunzioni"; c) il ritenere "non accettabile" quanto indicato nella relazione del consulente del lavoro in ordine al calcolo delle ore medie non lavorative.

Rileva il Collegio che tale motivazione non appare congrua e sufficiente in relazione alle giustificazioni fornite dall'ATI interessata.

Quest'ultima, infatti, come testualmente sopra riportato, nella nota del 4 aprile 2005 non aveva limitato a questi tre punti le sue giustificazioni ma aveva precisato, in sintesi, che: a) la realtà specifica dell'attività aziendale, come illustrata, giustificava un discostamento dai valori medi considerati nelle tabelle ministeriali; b) l'ATI intendeva dar luogo a nuove assunzioni; c) l'ATI intendeva avvalersi del beneficio IRAP; d)

l'ATI intendeva avvalersi dei benefici di cui alla l.r. Piemonte n. 215/92 e all'art. 8 della l.n. 12/2004 per il sostegno all'imprenditoria femminile e all'incremento dell'occupazione femminile; e) la coop. Supporto calcolava l'Irpeg in misura ridotta tenuto conto della sua natura di società cooperativa non a scopo di lucro; f) la voce "Accordo integrativo" non si applicava ai nuovi assunti; g) le "festività retribuite" non costituivano un costo previsto per l'ATI; h) il TFR doveva essere rivisto al ribasso, dato che, per regolamento interno, esso era liquidato annualmente solo in caso di attivo di bilancio; i) la rivalutazione del TFR non operava in caso di nuova occupazione; l) la voce relativa al fondo di previdenza complementare non era da tenere in considerazione; m) le ore non lavorate e pagate, individuate in 507, non corrispondevano alla realtà specifica, propria di una cooperativa di lavoro.

Inoltre, l'ATI concludeva specificando di ritenere di aver dimostrato che la differenza di 16 punti percentuali *"...non è dovuta all'utilizzo della legge 602 (beneficio che non abbiamo preso in considerazione in questa trattazione perché di stretta competenza del consulente del Lavoro) ma è una differenza minima ampiamente giustificabile solo considerando alcune voci che compongono il costo del lavoro."*

In particolare, la relazione del consulente del lavoro allegata a tale nota, specificava ulteriormente le modalità di calcolo del

costo del lavoro, soffermandosi anche sulle modalità di calcolo dei contributi INPS, considerati “...su una retribuzione convenzionale calcolata secondo il Dlgs. 423/2001 e detta agevolazione permette un notevole risparmio contributivo in quanto l'imponibile orario risulta subire una riduzione media del 17,38% riducendo il costo”.

Alla luce di tali precisazioni e secondo quanto correttamente richiamato in essa dall'ATI offerente, secondo cui l'offerta doveva essere valutata nel suo insieme, la commissione di gara avrebbe dovuto esaminare tutte le singole giustificazioni ed esternare la motivazione, sia pure in forma sintetica, in ordine alla valutazione complessiva delle stesse in relazione alla congruità dell'offerta e delle giustificazioni ricevute.

Invece, dalla lettura dell'unico elemento documentale da cui si possa evincere la motivazione della ritenuta non congruità, vale a dire dalla relazione del Settore Musei richiamata nel verbale del 6 aprile 2005, si ricava che sono state prese in considerazione solo le ragioni giustificative sopra richiamate, in sintesi, sub lett. b) – configurabilità di nuove assunzioni, c) – detrazione Irap, m) – ore pagate e non lavorate, ma non sono state considerate tutte le altre ragioni indicate nelle rimanenti lettere e nella relazione del consulente del lavoro, allegata alle giustificazioni del 4 aprile 2005 e facenti parte integrante di esse.

E ciò, nonostante la medesima ATI ricorrente abbia più volte precisato di aver presentato un'offerta in considerazione della specifica natura della fattispecie a lei riferibile ed abbia invitato la commissione di gara a valutare l'offerta nel suo insieme, non scindendo le singole voci di costo, tenendo conto che la congruità dei prezzi indicati era da valutarsi dal coacervo delle prospettazioni indicate e non solo dall'utilizzo dei benefici del DPR n.602/1970.

Ed inoltre, aggiunge il Collegio, proprio la derogabilità dei valori tabellari ministeriali, considerabili quali semplici indici del giudizio di adeguatezza del valore economico dell'offerta (TAR Lombardia, Mi, sez.III, 11.11.05 n. 3973), nell'ipotesi di dimostrata peculiarità della situazione specifica dell'impresa offerente, doveva imporre alla commissione di gara una rigorosa verifica dei singoli benefici invocati e considerati, nel loro insieme, come eventualmente idonei a sostenere la congruità dell'offerta.

A ciò si aggiunga pure che la motivazione a confutazione di quanto sopra esposto (sub lett. m), in ordine alle ore pagate e non lavorate, non è surrogata da sufficiente indicazione delle ragioni specifiche che portavano a tale conclusione, limitandosi l'estensore della relazione a qualificare apoditticamente come "non accettabili" le giustificazioni offerte.

Alla luce di quanto osservato, quindi, il Collegio, ritenendo fondate le censure prospettate con il ricorso e con i motivi aggiunti notificati il 29 giugno 2005, rileva la carenza di motivazione con la quale la commissione di gara ha ritenuto la non congruità dell'offerta, atteso che non risultano esaminate e valutate, nel loro insieme, tutte le giustificazioni presentate, in relazione al caso di specie come prospettato.

Né a conclusione diversa possono portare le tesi espresse dal Comune di Torino e dalla società controinteressata, atteso che queste si limitano a supportare le motivazioni già espresse nella su richiamata relazione del Settore Musei in ordine ai tre punti richiamati ma non prendono in considerazione – né potevano farlo in questa sede, essendo questo un compito esclusivo della commissione di gara in sede procedimentale – gli altri profili giustificativi dell'offerta, ignorati, in motivazione, dalla commissione di gara.

Con i motivi aggiunti notificati il 23 novembre 2005, poi, l'ATI ricorrente impugnava anche la determinazione dirigenziale n. 247 del 10 ottobre 2005, conosciuta in seguito al deposito in giudizio, di aggiudicazione definitiva della gara, nonché la determinazione dirigenziale n. 115 dell'8 aprile 2005 di autorizzazione alla consegna anticipata dei servizi oggetto di gara, con decorrenza 18 aprile 2005.

Ebbene, il Collegio rileva la fondatezza del primo di tali

motivi aggiunti in ordine alla illegittimità derivata della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 247/2005, perché indissolubilmente legata alla valutazione della commissione di gara, illegittima sotto il profilo della carenza di motivazione, secondo quanto lamentato con il ricorso introduttivo ed i precedenti motivi aggiunti.

L'accoglimento del motivo in questione comporta l'assorbimento del secondo e del terzo motivo aggiunto, dedotti in via autonoma avverso la determinazione di aggiudicazione definitiva in questione.

In relazione alla richiesta di annullamento della determinazione dirigenziale n. 115/2005 di consegna anticipata del servizio, in assenza di censure volte a rilevare l'illegittimità derivata anche di tale provvedimento, il Collegio rileva l'infondatezza del relativo motivo aggiunto, perché volto a contestare la discrezionalità della scelta dell'Amministrazione ad individuare la necessità di un celere avvio dell'importante servizio oggetto di gara.

Il provvedimento in questione, infatti, autorizzava la consegna anticipata “ *...fino all'approvazione del verbale di gara con le riserve di legge e nelle more del perfezionamento contrattuale*”.

Tale scelta, di per sé provvisoria e indissolubilmente legata all'aggiudicazione definitiva – ora travolta dalla presente

sentenza – non era sindacabile dall’ATI ricorrente sotto il profilo dedotto, atteso che appare apoditticamente affermato da questa che “tale determinazione...di fatto potrebbe rendere estremamente difficoltoso, all’esito dell’accoglimento del ricorso, l’affidamento del servizio in favore della odierna ricorrente...” dato che il Comune di Torino “...non poteva non prevedere...” che l’ATI esclusa “...avrebbe di certo impugnato gli atti della gara da cui era stata illegittimamente esclusa”.

Tale prospettazione non comporta l’individuazione di alcun vizio di legittimità della determinazione impugnata, atteso che l’Amministrazione deve procedere in considerazione dell’interesse pubblico, che nel caso di specie e in quel momento era individuato nella ritenuta necessità di provvedere al celere avvio del servizio, e come tale era indipendente dall’eventuale pendenza di impugnative in sede giurisdizionale.

L’affidamento anticipato, comunque, era disposto “fino all’approvazione del verbale di gara”, con ciò chiarendo la sua natura provvisoria e non definitiva, per cui non si vede come ciò renda eventualmente difficoltoso l’affidamento del servizio all’ATI ricorrente all’esito positivo delle nuova attività procedimentale dell’Amministrazione.

Inoltre, dichiarata illegittima la susseguente determinazione di aggiudicazione definitiva, anche tale consegna anticipata ha

perso efficacia.

Il Collegio rileva, sotto un secondo profilo, che l'ATI ricorrente, sia nel ricorso che nei motivi aggiunti, ha anche avanzato domanda risarcitoria, in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Tale domanda però deve essere rigettata.

Essa è stata formulata sul presupposto che l'annullamento dell'aggiudicazione come disposta comportasse l'automatica aggiudicazione all'ATI ricorrente.

In realtà, come chiarito in precedenza, l'annullamento dell'aggiudicazione per carenza di motivazione riferita all'espletamento delle operazioni di gara non comporta l'automatica aggiudicazione all'ATI ricorrente ma soltanto l'obbligo, per l'amministrazione procedente, di rivalutare in maniera più approfondita le giustificazioni presentate dall'interessata, secondo quanto illustrato in precedenza.

Ne consegue che, sotto il profilo esclusivo della riscontrata carenza di motivazione, l'interesse prospettato dall'ATI ricorrente è solo quello ad una corretta valutazione delle sue ragioni giustificative, con la conseguenza che la lesione subita non può ricondursi alla mancata aggiudicazione, di per sé non accertata né accertabile nella presente sede, sussistendo ancora un margine discrezionale di rivalutazione da ricondurre alle prossime operazioni della commissione di gara.

Non sussistendo, allo stato, un interesse pretensivo all'aggiudicazione della gara in relazione alle riscontrate illegittimità ma solo un interesse alla rivalutazione delle giustificazioni, mancando il presupposto del "danno" come prospettato nella domanda risarcitoria, quest'ultima non può essere accolta, essendo sufficiente a garantire la tutela della posizione giuridica prospettata nella presente sede il dovuto riesame delle giustificazioni e la correlativa, congrua e completa, motivazione che la commissione di gara riterrà di elaborare.

Per quanto illustrato, quindi, il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere accolti in parte.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte-2^a Sezione accoglie in parte il ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati indicati in motivazione.

Rigetta la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino, alla camera di consiglio del 9 febbraio

2006, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe Calvo	Presidente
Ivo Correale	Referendario, estensore
Emanuela Loria	Referendario
Il Presidente	L'Estensore