

È da ritenersi non praticabile la strada della trasposizione della disciplina dei lavori pubblici alla materia dei servizi se non con riguardo alle disposizioni che costituiscono espressione di principi generali applicabili a tutte le gare pubbliche.

Il Tar Sardegna, Cagliari, con la sentenza numero 2119 del 16 ottobre 2006 in tema di “silenziosa” applicabilità delle norme sugli appalti di lavori, anche ad appalti di forniture e servizi, ci insegna che:

<Restano dunque escluse da tale estensione analogica, come a ben vedere si ricava anche dalla giurisprudenza richiamata dalla difesa dell’aggiudicataria, le disposizioni di dettaglio (quali appunto quella che in casi particolari consente la riduzione della cauzione) la cui applicazione al settore dei servizi richiede una specifica previsione>

ma vi è di più.

< Si è infatti precisato che la regolamentazione delle procedure di gara nel nostro ordinamento, in particolare dopo l’adeguamento alla normativa comunitaria, distingue in modo netto le procedure applicabili in relazione all’oggetto contrattuale cosicché non è corretta una operazione di trasposizione di alcune disposizioni da un settore all’altro perché ciascuno trova una disciplina completa negli atti normativi che attengono specificamente al settore considerato. Se quindi può essere ammessa una prescrizione di bando che integri la disciplina di settore, quando non collida con aspetti fondamentali di quest’ultima o con disposizioni puntuali, non è, invece, possibile trasferire i principi o singole disposizioni di dettaglio senza una esplicita norma di bando che lo consenta>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA Sent. n. 2119/2006
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Ric. n. 565/2005
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA Ric. n. 693/2005

SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi n. 565/2005 e n. 693/2005 proposti rispettivamente:

(n. 565/2005) dalla Società Cooperativa a r.l. ***, in persona del legale rappresentante sig. Silvano ***, rappresentato e difeso per procura a margine dell’atto introduttivo del giudizio dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Marcello Vignolo ed elettivamente domiciliata in Cagliari, viale Merello n. 41, presso lo studio del secondo,

(n. 693/2005) dal Consorzio ***, in persona del legale rappresentante sig. Pierluigi Fontana, rappresentato e difeso per procura a margine dell’atto introduttivo del giudizio dagli avv.ti Alfredo

Rajola e Gianpaolo Aversa ed elettivamente domiciliato in Cagliari, via Mons. Piovella n. 11, Letizia Loni Mascia,

contro

il Comune di Cagliari, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso per procura a margine dell'atto di costituzione dagli avv.ti Federico Melis e Genziana Farci ed elettivamente domiciliato in Cagliari, via Roma n. 145, presso il Palazzo Civico,

e nei confronti

dell'impresa di pulizie *** di *** Assunta, in persona del legale rappresentante sig.ra *** Assunta, rappresentata e difesa per procura a margine dell'atto di costituzione dall'avv. Antonello Rossi ed elettivamente domiciliata in Cagliari, via Bellini n. 26, presso lo studio del medesimo legale,

nonché contro (ric. 565/2005)

il Consorzio ***, in persona del legale rappresentante sig. Pierluigi Fontana, rappresentato e difeso per procura a margine dell'atto di costituzione dagli avv.ti Alfredo Rajola e Gianpaolo Aversa ed elettivamente domiciliato in Cagliari, via Mons. Piovella n. 11 presso Letizia Loni Mascia,

il Gruppo INA srl, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio,

la società Lo Splendore, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio,

la Società Coop. 2001 a r l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio,

la società Manutencoop 2000 srl., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio,

la società Interservice srl., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio,

per l'annullamento

dell'aggiudicazione provvisoria in favore della *** di *** Assunta della gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali ed uffici comunali e giudiziari indetta dal Comune di Cagliari con bando di gara pubblicato dal 23.12.03 al 22.01.03;

di tutti gli atti a tale aggiudicazione presupposti, conseguenti o comunque connessi, ed in particolare dei verbali n. 1 del 3 giugno 2004, n. 2 del 19.10.2004 e n. 3 del 12.4.2005 della commissione di gara, nonché ove occorrente degli atti inditevi della procedura,

e, con ricorso per motivi aggiunti, per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva dell'anzidetta gara (determina dirigenziale n. 2005 del 13 giugno 2005 del Servizio appalti del Comune di Cagliari).

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il consigliere dott. Tito Aru;

Uditi alla pubblica udienza del 4 ottobre 2006 gli avv.ti delle parti come da separato verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso n. 565/2005 la società *** espone di aver partecipato alla licitazione privata indetta dal Comune di Cagliari per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali e degli uffici comunali e giudiziari dell'importo a base d'asta pari ad euro 5.164.425,84 + IVA per tre anni (rinnovabili per altri due), da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle operazioni concorsuali, concernenti anche l'esame delle giustificazioni relative alle offerte sospette di anomalia, la ricorrente si è classificata al 6° posto con un ribasso offerto del 26%.

La gara è stata aggiudicata alla società *** di ***.

Al secondo posto della graduatoria si è classificato il Consorzio ***.

Ad avviso della ricorrente ***, tuttavia, l'attività posta in essere dalla stazione appaltante non sarebbe corretta ed i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi per i seguenti motivi:

Violazione ed errata applicazione dell'art. 8 della legge n. 407/1990 – Eccesso di potere per sviamento, falsità dei presupposti, carenza di istruttoria: in quanto l'Amministrazione avrebbe ritenuto giustificato il ribasso concernente gli sgravi contributivi indicati dalla ditta S.Giorgio di *** Assunta anche in assenza di elementi certi sulla base dei quali verificare che l'aggiudicataria ne potesse effettivamente godere.

Inoltre sarebbe illegittimo il procedimento seguito dall'Amministrazione di ritenere giustificate le offerte delle imprese classificate dal 2° al 5° posto della graduatoria per il solo fatto di avere indicato un costo per il personale superiore a quello - ritenuto congruo - offerto dall'aggiudicataria.

Violazione di legge – Violazione dell'art. 25 del D.Lgvo n. 157/1995 – Violazione dell'art. 1 della legge n. 327/2000 - Eccesso di potere – Contraddittorietà e violazione della par condicio – Sviamento – Violazione dell'art. 2 del D.M. 19 luglio 2002 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali: in quanto l'Amministrazione ha ritenuto ammissibili gli scarti dell'offerta aggiudicataria rispetto alle tabelle ministeriali sul costo del lavoro.

Illegittimità propria e derivata: con riguardo alla già censurata valutazione dell'Amministrazione riferita alle offerte delle imprese classificate dal 2° al 5° posto della graduatoria per la quale, essendo stata ritenuta congrua una offerta con un ribasso maggiore, sono senz'altro congrue le offerte con un ribasso minore.

Violazione dei principi fondamentali in materia di gare pubbliche – Violazione dell'art. 97 Cost.: in quanto sono stati componenti della Commissione giudicatrice della gara i dirigenti dei settori del Comune di Cagliari interessati dal procedimento concorsuale, in violazione di quanto previsto dall'art. 21, comma 5°, della legge n. 109/1994.

Concludeva quindi la ricorrente chiedendo previa sospensiva l'annullamento degli atti impugnati, con favore delle spese.

Per resistere al ricorso si è costituita l'amministrazione intimata che ne ha chiesto il rigetto, vinte le spese.

Si sono altresì costituite in giudizio la società aggiudicataria *** di *** ed il Consorzio ***, secondo classificato, che con articolate memorie hanno replicato alle argomentazioni della ricorrente chiedendone, infine, la reiezione, con vittoria di spese.

In particolare il Consorzio *** ha evidenziato da un lato che le prime due censure non sarebbero riferibili alle giustificazioni prodotte a confutazione della sospetta anomalia della sua offerta nella quale, anzi, ha espressamente dichiarato di non aver conteggiato gli sgravi in questione (di cui pure potrebbe concretamente beneficiare).

Dall'altro lato, che le argomentazioni avverso l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice sarebbero comunque infondate alla luce della più recente giurisprudenza in materia di procedure concorsuali negli enti locali.

La società aggiudicataria, oltre a difendersi sostenendo che dalle indicazioni fornite dal Comune di Cagliari in ordine al personale da assumere risultava ben possibile valutare la possibilità di beneficiare degli sgravi contributivi, ha proposto ricorso incidentale sostenendo che la società *** doveva comunque essere esclusa dal procedimento di gara per avere offerto un costo del lavoro inferiore ai minimi tabellari. Di qui la richiesta di declaratoria d'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

Con ordinanza n. 314/2005 del 13 luglio 2005 il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare di sospensione.

Col ricorso n. 693/2005, notificato il 14 giugno 2005 e depositato il successivo giorno 20, il Consorzio ***, secondo classificato nella gara in questione, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore della ditta *** di *** Assunta lamentando la sua mancata esclusione malgrado la presentazione di una polizza fideiussoria d'importo ridotto del 50%, in violazione della normativa speciale degli appalti di servizi non integrabile, per gli aspetti di dettaglio non previsti dalla lex specialis, da quella sui lavori pubblici.

Concludeva quindi il Consorzio *** chiedendo, previa sospensiva, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con favore delle spese.

Per resistere al ricorso si sono costituiti sia l'amministrazione intimata che la società aggiudicataria che ne hanno chiesto il rigetto, vinte le spese.

Con ordinanza n. 315/2005 il Tribunale ha respinto la domanda di sospensione ma tale provvedimento è stato riformato in sede d'appello dal Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 4863 dell'11 ottobre 2005, ha accolto l'istanza cautelare.

Con ordinanza n. 30/2006 del 17 marzo 2006, il Tribunale, disposta per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva la riunione dei ricorsi, ha ordinato, con riferimento al ricorso n. 565/2005, l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutte le imprese mandanti dei raggruppamenti partecipanti alla gara classificati fino al 5° posto della graduatoria.

In data 24 maggio 2006 è stata depositata in segreteria la prova di tale adempimento.

Alla pubblica udienza del 4 ottobre 2006, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Ragioni di ordine sistematico inducono il Collegio a prendere le mosse dal ricorso n. 693/2005, proposto dalla seconda classificata nei confronti della ditta aggiudicataria.

Il gravame è affidato ad una sola censura, con la quale il Consorzio *** lamenta la violazione della lex specialis di gara nella parte relativa alla presentazione della cauzione provvisoria.

Sul punto la lettera d'invito prescriveva espressamente, tra l'altro, a pena di esclusione, la presentazione di una cauzione provvisoria di euro 103.288,52.

Ebbene, in materia di appalti di servizi il D.Lgvo n. 157/1995 non contiene un'espressa disciplina del deposito cauzionale. La giurisprudenza è tuttavia pacificamente orientata nel senso di ritenere legittima la sua previsione nella legge di gara.

Nel caso di specie è accaduto che la stazione appaltante ha ammesso alla gara l'offerta della ditta *** di *** Assunta sebbene questa avesse prestato una cauzione d'importo ridotto del 50% sulla base di una ritenuta applicazione, anche agli appalti di servizi, della disciplina dei appalti dei lavori pubblici che, appunto, consente a certe condizioni (presenza della certificazione di qualità) una siffatta riduzione.

Ritiene la ricorrente che tale operazione ermeneutica costituisca una vera e propria integrazione del bando di gara, palesemente contrastante con i principi generali delle gare pubbliche e, in particolare, con la par condicio dei concorrenti giacchè si consentirebbe una diminuzione delle garanzie da prestare in favore esclusivo di un partecipante alla gara.

La questione sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi, dunque, concerne la sussistenza o meno, negli appalti di servizi, in assenza di una specifica previsione della lex specialis, di una funzione suppletiva della disciplina in materia di lavori pubblici.

Su tale vicenda, come noto, si è a lungo profilato un contrasto giurisprudenziale che, a ben vedere, non è ancora definitivamente composto.

Questo stesso Tribunale, nell'esame dell'istanza cautelare, aveva ritenuto di aderire, sia pur con i limiti propri della cognizione sommaria di tale fase processuale, alla tesi che riconosce alla disciplina degli appalti di lavori una funzione di natura suppletiva di quella delle altre tipologie di appalti, quantomeno nelle ipotesi di utilizzo di istituti in essa compiutamente disciplinati.

Il Giudice d'Appello, con esplicita motivazione contenuta nell'ordinanza di riforma di tale provvedimento, ha invece ritenuto inammissibile applicare principi o disposizioni della materia dei

lavori pubblici alla disciplina del settore dei servizi oltre i termini specificamente contenuti nell'invito alla licitazione e nel capitolato.

Ritiene oggi il Tribunale, anche alla luce della giurisprudenza delineatasi nei tempi più recenti, di modificare il proprio orientamento nel senso di ritenere non praticabile la strada dell'anzidetta trasposizione della disciplina dei lavori pubblici alla materia dei servizi se non con riguardo alle disposizioni che costituiscono espressione di principi generali applicabili a tutte le gare pubbliche.

Restano dunque escluse da tale estensione analogica, come a ben vedere si ricava anche dalla giurisprudenza richiamata dalla difesa dell'aggiudicataria, le disposizioni di dettaglio (quali appunto quella che in casi particolari consente la riduzione della cauzione) la cui applicazione al settore dei servizi richiede una specifica previsione.

Si è infatti precisato che la regolamentazione delle procedure di gara nel nostro ordinamento, in particolare dopo l'adeguamento alla normativa comunitaria, distingue in modo netto le procedure applicabili in relazione all'oggetto contrattuale cosicché non è corretta una operazione di trasposizione di alcune disposizioni da un settore all'altro perché ciascuno trova una disciplina completa negli atti normativi che attengono specificamente al settore considerato. Se quindi può essere ammessa una prescrizione di bando che integri la disciplina di settore, quando non collida con aspetti fondamentali di quest'ultima o con disposizioni puntuali, non è, invece, possibile trasferire i principi o singole disposizioni di dettaglio senza una esplicita norma di bando che lo consenta.

Pertanto, poiché il D.P.R.n157 del 17.3.1995 che disciplina gli appalti pubblici di servizi non contiene alcuna previsione sulla possibilità di riduzione delle cauzioni ed il bando di gara non ha disposto alcunchè sul punto, il Comune di Cagliari non poteva consentire una siffatta riduzione essendo tale possibilità priva di un valido fondamento normativo.

Per quanto sopra, dunque, il ricorso n. 693/2005 si rivela fondato e va accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione e la esclusione della ditta aggiudicataria dal procedimento concorsuale per cui è causa.

Può quindi passarsi all'esame del ricorso n. 565/2005 per il quale permane l'interesse alla pronuncia della ricorrente *** con riguardo alle valutazioni espresse dalla Commissione di gara in ordine alle giustificazioni prodotte dalle imprese classificate dal 2° al 5° posto della graduatoria.

Tale ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo del difetto di motivazione del giudizio di congruità espresso dalla stazione appaltante.

E' infatti principio consolidato in materia di verifica delle giustificazioni delle offerte sospette d'anomalia che l'esame delle stesse dev'essere effettuato non già in termini di valutazione comparativa tra le offerte risultate anomale ma individualmente, con riguardo alla complessiva affidabilità che ciascuna di esse, alla luce dell'indicazione dei costi delle sue articolazioni, garantisce all'Amministrazione.

Ne segue che ben può risultare congrua, in relazione alla combinazione dei suoi elementi costitutivi, un'offerta che offra un ribasso maggiore di un'altra offerta che, invece, ne indichi uno minore.

Se questo è vero, risulta palesemente viziato per difetto di motivazione il giudizio di congruità espresso dalla commissione di gara che nella scheda giustificativa dell'offerta anomala relativa al

Consorzio ***, nella parte riferita al costo del personale precisa: “Viste le giustificazioni presentate dalla Ditta, si ritiene l’offerta congrua. Infatti occorre considerare che, essendo già stato ritenuto congruo il costo del personale proposto dalla Ditta la *** (euro 1.213.503,00), a maggior ragione deve ritenersi accoglibile un costo del personale di euro 1.269.017,78. Inoltre è fuori di dubbio che gli sgravi contributivi previsti dalla legge n. 407/1990 vanno considerati in misura maggiore rispetto alla Ditta la *** (mentre questa ne fruisce solo in parte per il personale già suo dipendente, il Consorzio ***, che assorbirebbe il personale di tutte e tre le ditte ora operanti, ne godrebbe interamente)”.

Tali giustificazioni sono ripetute in termini sostanzialmente analoghi anche per le imprese classificate al 3°, 4° e 5° posto della graduatoria, con palese violazione degli anzidetti principi che tendono ad assicurare con riguardo al contenuto individuale di ciascuna offerta le garanzie di serietà ed affidabilità richieste ai fini del puntuale svolgimento della prestazione contrattuale.

Nel caso di specie l’incongruità della motivazione riferita all’offerta del Consorzio *** è ancora maggiore se si considera che la giustificazione da questo prodotta si basa su presupposti del tutto autonomi rispetto a quelli offerti dalla ditta *** giacchè il Consorzio non ha affatto tenuto conto delle agevolazioni di cui alla legge n. 407/1990, come espressamente dichiarato nella nota di chiarimento inviata al Servizio Economato.

Conseguentemente la censura risulta fondata e, in accoglimento del ricorso, si deve procedere all’annullamento dell’aggiudicazione, cui segue la necessità che il Comune di Cagliari proceda nuovamente all’esame delle giustificazioni delle anomalie inviate dalle imprese classificate dal 2° al 5° posto della graduatoria, provvedendo per ciascuna di esse alla puntuale indicazione delle ragioni che le dovessero rendere o meno congrue in relazione al ribasso offerto.

In questi termini anche il ricorso n. 565/2005 va accolto, restando assorbita ogni ulteriore doglianza.

Tenuto conto del non consolidato orientamento della giurisprudenza sulla materia oggetto delle cause, può addivenirsi all’integrale compensazione delle spese tra le parti per entrambi i giudizi.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE PRIMA

accoglie il ricorso n. 693/2005 ed il ricorso 565/2005 nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nella camera di consiglio, il giorno 4 ottobre 2006 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l’intervento dei Signori Magistrati:

- Silvio Ignazio Silvestri , Presidente f.f.,

- Alessandro Maggio, Consigliere,

- Tito Aru, Consigliere, estensore.

Depositata in segreteria oggi 16/10/2006

Il Segretario Generale f.f.