

N. 01045/2012 REG.PROV.COLL.

N. 02023/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 2023 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
ROSBEL IMPIANTI SNC, rappresentata e difesa dall'avv. Enzo Barilà, presso il cui studio è
elettivamente domiciliata in Milano, piazza Cinque Giornate n. 5;

contro

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI - PROVVEDITORATO
INTERREGIONALE ALLE OO.PP., rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, presso i
cui uffici è domiciliato ex lege in Milano, via Freguglia n. 1;

nei confronti di

SISTEMA SRL, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale della seduta di gara del 21 aprile 2011, conosciuto dalla ricorrente in data 31 maggio 2011 a seguito di istanza di accesso agli atti, nella parte in cui risulta che la Commissione ha ritenuto di riconfermare quanto già asserito nel precedente verbale dell'11 aprile 2011, ritenendo l'offerta di ROSBEL non congrua in quanto la mano d'opera costituente tutti i prezzi è nettamente sotto la soglia minima delle quotazioni del contratto aziendale di categoria" e di conseguenza disporre "l'affidamento dell'appalto alla ditta Sistema S.r.l.";

- del verbale della seduta di gara dell'11 aprile 2011, anch'esso conosciuto in data 31 maggio 2011, durante la quale la Commissione "constatava", che a seguito delle verifiche sulla congruità dell'offerta di ROSBEL, la stessa era da respingere in quanto "la mano d'opera costituente tutti i prezzi è nettamente sotto la soglia minima delle quotazioni del contratto nazionale di categoria";

- del verbale in data 15 aprile 2011 con il quale il RUP ed il DL hanno sentito la ditta Rosbel ;
- della nota in data 15 aprile 2011 , anch'esso conosciuto in data 31 maggio 2011, a firma del responsabile del procedimento, con la quale il RUP ed il DL hanno comunicato all'ufficio contratti di "respingere le giustificazioni di ROSBEL" e quindi "di dover concludere per un rigetto dell'offerta, perché l'importo esposto della mano d'opera costituente tutti i prezzi è nettamente sotto la soglia media dei costi aziendali esposti per l'anno 2010";
- della nota prot. n. 3920 del 7 aprile 2011 con cui il Ministero ha comunicato" la necessità di riaprire la gara il giorno 11 aprile 2011"; la successiva nota prot n. 4403 del 18 aprile 2011 (doc. 12), con cui il Ministero ha nuovamente comunicato "la necessità di riaprire la gara il giorno 21.04.2011";
- della nota trasmessa via fax in data 21 aprile 2011, di estremi non indicati, con cui il Ministero ha comunicato alla ditta ROSBEL IMPIANTI SNC che nella seduta del 21 aprile 2011 "di riapertura della procedura negoziata", era stata annullata l'aggiudicazione provvisoria dell'impresa Rosbel e dichiarata, salvo approvazione ed esiti positivo della documentazione prodotta in sede di gara, l'aggiudicazione provvisoria all'Impresa sistema srl;
- del provvedimento dalla stazione di esclusione della ricorrente ex art. 88, comma 7 del Codice appalti e di aggiudicazione definitiva, emessi a favore di SISTEMA SRL, allo stato non noti e non comunicati alla ricorrente;
- (con motivi aggiunti depositati il 15 novembre 2011) della delibera 17 ottobre 2011, nota firmata dal RUP ing. Bergantin, in data 6 ottobre 2011, che reitera il giudizio di non congruità dell'offerta ricorrente;
- nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;
- per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato e per il risarcimento del danno;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI PROV. TO INTERREG. LE ALLE OO.PP.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2011 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Nel febbraio 2011, il Provveditorato Interregionale OO.PP. del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha indetto una gara al massimo ribasso (con importo a base d'asta di € 211.900,00), per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria degli uffici dell'Agenzia delle Entrate di Milano 5. L'impresa ricorrente è risultata aggiudicataria provvisoria, avendo offerto un ribasso del 23,54% (per importo complessivo di € 163.016,36); l'unica altra concorrente nella procedura (SISTEMA S.R.L.), aveva offerto un ribasso del 5,18% (per importo totale di € 201.143,11).

1.1. In data 16 marzo 2011, il Ministero ha comunicato alla ricorrente che la sua offerta era sospetta di anomalia e le ha chiesto di far pervenire le giustificazioni necessarie. A seguito dell'espletamento dell'apposito procedimento, la Commissione di gara ha escluso l'offerta, ciò per essere la mano d'opera costituente tutti i prezzi nettamente sotto la soglia minima delle quotazioni del contratto nazionale di categoria. L'Amministrazione, quindi, con fax del 21 aprile 2011 ha comunicato l'annullamento della aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente e l'aggiudicazione provvisoria in favore alla ditta SISTEMA SRL.

2. Con ricorso depositato il 1 luglio 2011, l'impresa ricorrente ha impugnato i provvedimenti in epigrafe, chiedendo al Tribunale di disporre l'annullamento, previa sospensione; in subordine, la condanna al risarcimento del danno.

2.1. Con ordinanza del 15 luglio 2011, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia: *“rilevato che la società ricorrente aveva indicato nelle schede di giustificazione un utile del 12%, il cui importo (pari ad € 19.052,40), pure ipotizzando come interamente dovuto il maggior costo di manodopera (per € 9.620,02) imputato all'esito del giudizio di anomalia, non risulterebbe completamente azzerato, residuando comunque un profitto superiore ad € 9.000,00; ritenuto che, sul punto, la stazione appaltante non ha congruamente motivato perché, pure a fronte delle predette circostanze, abbia comunque ritenuto inaffidabile l'offerta”*, ha emesso ordinanza con la quale ha accolto l'istanza cautelare, *“ai fini di un riesame da parte della stazione appaltante”* dell'offerta presentata da ROSBEL; contestualmente ha fissato per il 2 dicembre 2011 l'udienza pubblica.

2.2. L'incidente di esecuzione dell'ordinanza cautelare nel frattempo depositata non aveva seguito in quanto, in data 18 ottobre 2011, l'Avvocatura dello Stato depositava *“verbale della commissione giudicatrice in data 6 ottobre 2011 di conferma del giudizio di non congruità dell'offerta della ricorrente”* (nota firmata dal RUP, ing. Bergantin). Tale provvedimento veniva gravato con ricorso per motivi aggiunti.

2.3. All'esito dell'udienza del 24 novembre 2011, il Collegio, chiamato a pronunciarsi sulla istanza cautelare contenuta nel ricorso per motivi aggiunti (con cui si denuncia l'illegittimità anche della determinazione, ugualmente espulsiva dalla procedura concorsuale, assunta dalla amministrazione resistente in esecuzione della citata ordinanza di remand), *rilevato che il ricorso per motivi aggiunti è stato depositato il 15 novembre 2011 ma non è stata fornita prova della sua avvenuta notificazione (risultando in atti soltanto la presentazione all'ufficiale giudiziario), che tale circostanza inibisce al Collegio di pronunciarsi sull'istanza cautelare; che, in ogni caso, si impone il rinvio a nuovo ruolo dell'udienza pubblica già fissata per la trattazione del ricorso principale alla data del 2 dicembre 2011, onde consentire il decorso dei termini a difesa sui motivi aggiunti*, ha fissato per la trattazione dell'istanza cautelare l'udienza del 16 dicembre 2011.

2.4. All'esito dell'udienza camerale del 16 dicembre 2011, il Collegio ha ritenuto che il giudizio potesse essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., stante

l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppositive delle parti. Inoltre, ritenuto che l'art. 120, comma 9, c.p.a. renda necessario pubblicare anticipatamente il dispositivo del provvedimento con cui il tribunale amministrativo definisce il giudizio, anche nel caso in cui il giudizio sia definito in esito all'udienza cautelare (ai sensi dell'art. 60 c.p.a.), ciò nell'ipotesi in cui il Collegio non ritenga di poter depositare le motivazioni della sentenza entro i 7 giorni dalla data della deliberazione, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti indicati in epigrafe ed ordinato all'amministrazione di disporre l'aggiudicazione in favore della società ricorrente.

Di seguito le motivazione di tale statuizione.

DIRITTO

I. In via pregiudiziale, il ricorso è ammissibile. Ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a, il termine breve di trenta giorni per l'impugnazione degli atti della procedura di affidamento decorre soltanto dalla comunicazione conforme ai contenuti descritti nell'art. 79 del codice dei contratti. Nella specie, il fax del 21 aprile 2011 non dava alcuna evidenza circa l'esito del giudizio di anomalia dell'offerta della ricorrente, soprattutto non era allegata la motivazione del giudizio negativo e neppure la copia del verbale del 21 aprile 2011. Il termine decadenziale, pertanto, deve ritenersi decorso soltanto a partire dal 31 maggio 2011 (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV n. 2646/2011; TAR Lombardia Milano sez. I n. 7246/2010).

II. Nel merito, il provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso principale è illegittimo.

II.1. Anche ammettendo per intero dovuto il dedotto maggior costo per manodopera ipotizzato dalla commissione, nondimeno l'offerta della ROSBEL resterebbe sostenibile e corretta in quanto in grado di garantire un congruo profitto all'impresa. In particolare, il DM 5 marzo 2010 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha definito, ai sensi dell'art. 87, comma 2, lett. g) del codice appalti, il costo medio dei dipendenti delle imprese metalmeccaniche ed installatrici di impianti per il centro nord in Euro 18,31/h per gli operai di III livello ed in Euro 19,09/h per gli operai di IV livello (cfr. doc. 18 – all. ric.). Orbene, rideterminando il costo complessivo dell'offerta ROSBEL moltiplicando i costi medi di cui al DM 5 marzo 2010 per le ore richieste per ogni singola lavorazione, come da schede di giustificazione presentate, si giunge ad un maggior costo per la manodopera di € 9.620,02 Euro (cfr. il conteggio di cui al doc. 19 all. ric.). Sicché tale rettifica non compromette la serietà e sostenibilità dell'offerta presentata perché l'impresa conseguirebbe pur sempre un utile pari al 6% sul prezzo offerto (si ricorda, all'uopo, che la gara aveva quale importo a base d'asta € 211.900,00, di cui 4.238,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; che la ricorrente aveva offerto un ribasso del 23,54% e quindi un prezzo netto di Euro 158.778,36 oltre a Euro 4.238,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, con utile del 12% pari in totale ad Euro 19.052,40).

II.2. La censura di violazione del principio di immutabilità della commissione di gara può essere assorbita, avendo il Collegio accolto la censura sostanziale più idonea a realizzare il bene della vita cui aspira la impresa ricorrente.

III. Anche il provvedimento impugnato per ricorso con motivi aggiunti (ovvero la nota 6 ottobre 2011) è illegittimo. La nuova determinazione di segno negativo, motivata diversamente rispetto a quanto fatto negli atti inizialmente impugnati, si fonda questa volta sulla omessa considerazione della manodopera edile necessaria per le cd. "assistenze murarie" (che, ad avviso della stazione appaltante, andrebbe computata in base ad un'incidenza del 45%, considerando la presenza di due

manovali per ogni squadra tipo composta da 4 elementi, secondo le previsioni del D.M. 11 /12/1978 e l'omissione potrebbe stimarsi in una sottostima dei costi per oltre € 40.000,00).

III.1. Sennonché, premesso che l'esecuzione dell'appalto constava nella manutenzione straordinaria consistente in "impianto cablaggio strutturato e impianto elettrico" (per il quale era richiesta la SOA relativa alla sola categoria OG II, impianti elettrici), dalla documentazione prodotta e non contestata specificatamente da parte avversa, le caratteristiche concrete dell'appalto da eseguire non richiedevano affatto particolari assistenze murarie. In particolare, come risulta dalla relazione tecnica facente parte del progetto posto a base di gara, i lavori elettrici oggetto di appalto devono realizzarsi in edificio attraversato, per la quasi totalità della lunghezza dell'asse maggiore, da un corridoio il cui controsoffitto a doghe metalliche si presta come comoda area tecnica; la struttura architettonica verticale, inoltre, offre un ampio cavedio dedicato agli impianti correnti deboli; le vie cavi secondarie sono previste "di tipo a vista" attraverso canali in PVC. Ne consegue che, potendo l'impianto essere realizzato facendo passare tutto, o almeno quasi tutto, da dei controsoffiti già esistenti, non si richiedeva la creazione di "tracce" collocate nei muri che avrebbero invece comportato la necessità di lavori edili di demolizione e ricostruzione di tratti di parete, intonacatura e rasatura. In definitiva, era del tutto irragionevole richiedere la computazione dei costi per l'"assistenza muraria" per l'attività di spostare i pannelli, infilare i cablaggi e poi rimettere a posto il tutto; il calcolo, nella nota RUP del 6 ottobre 2011, di 2.000 ore di lavoro di manovali edili è stato effettuato non sulla base delle concrete caratteristiche dell'appalto, ma in relazione ad una astratta tipizzazione delle squadre tipo risalente al 1978.

III.2. Anche in questo caso vanno assorbite sia la censura inerente la mancata effettuazione del contraddittorio con la ROSBEL, sia la dedotta incompetenza del RUP per il riesame della congruità dell'offerta ROSBEL. In disparte la considerazione che censura accolta è quella maggiormente in grado di realizzare l'interesse sostanziale cui la ricorrente aspira, è dirimente osservare che la società ricorrente, difatti, chiede espressamente che venga valutata prioritariamente la fondatezza del primo motivo, attinente l'infondatezza sostanziale del provvedimento impugnato, e solo in via di gradato subordine quella dei restanti motivi di seguito esposti.

IV. Entrambi i provvedimenti di esclusione (impugnati, rispettivamente, con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti) sono illegittimi e, pertanto, devono essere annullati. A questo punto, il Collegio deve verificare l'ammissibilità e la fondatezza della domanda del ricorrente con cui questi chiede al Giudice di ordinare all'amministrazione che venga disposta l'aggiudicazione in suo favore. Con sentenza n. 1428/2011, questa Sezione ha ampiamente motivato in ordine a quali vincoli conformativi astringano la pubblica amministrazione a seguito dell'annullamento giurisdizionale di due successivi dinieghi sulla medesima istanza pretensiva; nonché se, ed in presenza di quali presupposti, sia possibile condannare la pubblica amministrazione all'adozione dell'atto cui il ricorrente aspira.

IV.1. Sotto il primo profilo, la Sezione, pur partendo dalla considerazione che il nuovo Codice consente ora di esplicitare "a priori", ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più "a posteriori", in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento con la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza (le misure attuative, talvolta, saranno limitate alla sola definizione dei modi di riesercizio del potere; altre volte, invece, quando l'accoglimento della questione di legittimità non lasci residuare margine alcuno per soluzioni alternative, potranno spingersi a statuire in via satisfattiva sulla spettanza del provvedimento richiesto; all'occorrenza, con la nomina del commissario, le misure potranno anche essere esecutive e sostitutive), ha specificato che il disegno normativo non consente certo di ritenere che

all'accoglimento del ricorso possa sempre e comunque conseguire la fissazione della regola del caso concreto; ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Il principio, stabilito dall'art. 31, comma 3, deve ritenersi di ordine generale dal momento che l'interesse pretensivo, sia che l'amministrazione rimanga inerte sia che emani un provvedimento espresso di diniego, ha la stessa consistenza e lo stesso bisogno di tutela. Mentre nei casi anzidetti la pronuncia potrà estendersi a tutti gli aspetti del potere determinandone i successivi svolgimenti, ove per contro, nonostante l'operatività degli istituti di concentrazione, permanga un nucleo di valutazioni discrezionali riservate, il giudice, anche nel nuovo assetto, rimane di certo non autorizzato a spostare dal procedimento al processo la sua definizione.

IV.2. E' ben possibile, però, che anche una attività "in limine litis" connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai "segnata" nel suo sviluppo. Anche il caso che ci occupa in concreto ne offre un cospicuo esempio. Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (è la tesi autorevolmente proposta da quanti interpretano il preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90 come norma obbligatoria l'amministrazione ad indicare, in sede di preavviso di rigetto e con il finale diniego, tutti i motivi ostativi), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04). Le argomentazioni sopra ampiamente svolte sull'evoluzione del processo consentono di applicare il medesimo principio anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di "remand" (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale).

V. Acclarata la fondatezza della pretesa del ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione (non essendo stata evidenziata nel corso del procedimento e del successivo processo alcuna valida causa ostativa), a questo punto, il Tribunale ritiene ammissibile la condanna dell'amministrazione alla sua adozione, non solo sulla scorta della portata generale dell'art. 34 c.p.a., ma soprattutto per la sussistenza dell'azione di adempimento tipica prevista dall'art. 124 che menziona espressamente la domanda di conseguire l'aggiudicazione, il cui accoglimento è però condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto (che, nella specie, pur oggetto del *petitum*, non può essere adottata poiché non consta l'avvenuta stipulazione del contratto).

VI. La domanda risarcitoria, formulata in subordine, deve essere assorbita, in quanto la presente pronuncia, preceduta dal cautelare, ha consentito a ROSBEL di svolgere i lavori.

VII. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma. Resta altresì fermo a carico della parte soccombente l'onere di rimborso del contributo unificato (versato anche per i motivi aggiunti), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis1, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, aggiunto dalla lettera e) del

comma 35-bis dell'art. 2, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, nel testo integrato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

ACCOGLIE il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti indicati in epigrafe;

ORDINA all'amministrazione di disporre l'aggiudicazione in favore della società ricorrente;

CONDANNA l'amministrazione al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente che si liquida in € 1.400,00, oltre IVA e CPA come per legge; da tale somma va scomputato quanto già liquidato in sede cautelare.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Dario Simeoli, Referendario, Estensore

Fabrizio Fornataro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/04/2012

IL SEGRETARIO

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