

T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. II, sentenza 14 gennaio 2011, n. 51

Contratti della P.A. - Gara – Società cooperativa sociale consortile costituita da due gruppi di cooperative - Presenza, tra i soggetti partecipanti al consorzio, di una società per azioni, ancorché in misura inferiore al trenta per cento - Legittimazione alla partecipazione in proprio alle gare pubbliche - Ammissibilità.

N. 00051/2011 REG.SEN.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 902 del 2010, proposto da:
Pro.Ges - Servizi Integrati alla Persona - Cooperativa Sociale A R.L. - Onlus;

contro

Comune di Brescia;

nei confronti di

Gruppo Elefanti Volanti Andropolis - Consorzio di Cooperative Sociali - S.C.S.
Onlus;

Elefanti Volanti - Società Cooperativa Sociale Onlus, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- degli atti di aggiudicazione in favore della controinteressata dell'appalto del servizio di gestione dell'asilo nido comunale Pollicino;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente e comunque connesso, ancorché non conosciuto ed in particolare i provvedimenti con cui la controinteressata è stata ammessa alla gara ed è stata esclusa l'anomalia dell'offerta da essa presentata, nonché gli atti di approvazione degli atti della Commissione di gara;

nonché,

per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato;

e per la condanna

al pagamento del risarcimento del danno (nella misura ritenuta di giustizia) per il periodo di mancata esecuzione del servizio da parte della ricorrente, oltre interessi e rivalutazione del dovuto al saldo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Brescia e di Gruppo Elefanti Volanti Andropolis - Consorzio di Cooperative Sociali - S.C.S. Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in esame la cooperativa sociale PRO.GES – Servizi Integrati alla Persona – Cooperativa sociale a r.l. – Onlus (di seguito PRO.GES) censura la legittimità degli atti relativi all'aggiudicazione del servizio di gestione dell'asilo nido comunale Pollicino per il periodo 01/09/2010-31/08/2013, avvenuta mediante

ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo sino a 60 punti per l'elemento qualitativo e fino a 40 punti per quello economico.

Alla gara, indetta dal Comune di Brescia, ha partecipato, oltre all'odierna ricorrente, anche la controinteressata, dichiarando che l'offerta veniva presentata quale consorzio di cooperative e specificando che, in caso di aggiudicazione, l'esecutrice sarebbe stata la cooperativa sociale Elefanti Volanti.

In esito all'esame delle offerte, la graduatoria è stata stilata riportando al primo posto la Elefanti volanti (93.00) e al secondo la PRO.GES (87.80); ciò in ragione della somma dei punteggi tecnico (56/60 per PRO.GES e 53/60 per Elefanti volanti) ed economico (955.170,26 per PRO.GES e 761.678,47 per Elefanti volanti).

Ravvisata la possibile anomalia dell'offerta economica di Elefanti volanti, la stessa veniva assoggettata a verifica, in particolare chiedendo chiarimenti in ordine al costo del personale. Ad una prima nota che evidenziava un costo del personale di 610.156,22 Euro ed un utile lordo pari a 6.051,97, faceva seguito un'ulteriore precisazione, richiesta dal Comune che aveva ravvisato delle incongruenze nei conteggi presentati, a causa dell'indicazione di ore lavoro inferiori a quelle reali, anche in ragione della mancata considerazione della pausa pranzo come tempo di lavoro.

La stazione appaltante addiveniva, così, alla convinzione della congruità dell'offerta e alla conseguente aggiudicazione della gara a favore della controinteressata.

Tale esito sarebbe, secondo la ricorrente, illegittimo per due ordini di ragioni:

1. Violazione degli artt. 34, 35 e 37 del d. lgs. 163/06. Data la natura del consorzio aggiudicatario, la documentazione prodotta a dimostrazione del possesso dei requisiti da parte della ditta esecutrice sarebbe insufficiente, con conseguente illegittima ammissione alla gara di quest'ultima. Secondo la ricorrente la stazione appaltante avrebbe errato nell'applicazione dell'art. 35 del d. lgs. 163/2006, il quale,

in effetti, detta un particolare regime in ordine al possesso dei requisiti, ma del quale, però, potrebbero beneficiare solo consorzi stabili e consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti ex legge n. 422/1909 (caratterizzati da un'immanente presenza pubblicistica): categorie cui non è riconducibile il consorzio "Gruppo Elefanti Volanti Andropolis", con la conseguenza che la cooperativa esecutrice avrebbe dovuto dimostrare di possedere in proprio i requisiti per la partecipazione alla gara (in particolare il volume d'affari del triennio, l'esperienza per almeno un biennio in asili nido con minimo 16 bambini, le dichiarazioni di due istituti di credito circa la idoneità economico-finanziaria);

2. irrazionalità manifesta, errata e/o mancata valutazione dei presupposti, nonché contraddittorietà, sia rispetto alle previsioni del capitolato, che all'obbligo di assicurare il rispetto del CCNL delle cooperative sociali, nonché dei principi generali in materia di appalto che prevedono quale congrua l'offerta idonea ad assicurare la copertura dei fattori della produzione, tra cui in primis il costo del lavoro. Il costo del personale impiegato sarebbe superiore di 10.000 Euro, rispetto a quello indicato dalla aggiudicataria, solo provvedendo al corretto inquadramento del personale nel livello B1. In ogni caso nella seconda nota di chiarimenti si sarebbe evidenziato come i maggiori costi per le prestazioni da svolgersi in via ordinaria saranno coperti facendo ricorso ai fondi accantonati per la sostituzione del personale assente, in modo tale da nascondere il reale costo del personale: ciò equivarrebbe a non aver fornito alcun chiarimento in merito al maggior costo del personale ravvisato dal Comune stesso. Inoltre, tutti i calcoli operati sarebbero erronei perché partirebbero dalla considerazione di un orario a tempo pieno di 6 ore e 45 minuti, mentre lo stesso dovrebbe essere pari a 7 ore e 15 minuti: ne risulterebbero 480 ore in più prive di giustificazione. Comunque, mancherebbe il conteggio delle 4 ore settimanali che il Capitolato speciale prevede che ogni educatore a tempo pieno dedichi ad attività ulteriori rispetto alla mera presenza in

aula (per un totale di 1000 ore/anno e quindi 3000 ore complessive per il triennio, che, alla tariffa media di 17,50 Euro assommano a 52.500,00 Euro).

L'offerta risulterebbe altresì anomala in ragione della somma preventivata per l'acquisto di alimenti, pari a 19.519,00 Euro per il triennio e, quindi, 6.506 Euro/anno e per il fatto che, avendo destinato la somma a coprire il costo ordinario del lavoro, non risulterebbe più alcuna previsione per coprire le c.d. spese generali che, normalmente, corrispondono ad un 6 % del fatturato.

Il Comune di Brescia si è costituito, dando atto del fatto che, nelle more del giudizio, e comunque sino al 31 dicembre 2010, è stata prorogata la gestione del servizio con il gestore uscente (la stessa odierna ricorrente). Esso ha eccepito l'infondatezza del ricorso evidenziando, in primo luogo, come la ricorrente asserisca, ma non provi, che al Consorzio aggiudicatario partecipano anche soggetti non cooperative di produzione e lavoro e comunque invochi l'applicazione della legge n. 422/1909, la quale ha ad oggetto il solo ambito delle cooperative che partecipano ad appalti di lavori e non anche di servizi. In ogni caso il disciplinare espressamente prevedeva che le consorziate esecutrici producessero esclusivamente la dichiarazione relativa ai requisiti di ammissione, ma non anche quelli di capacità economico finanziaria e tecnico professionale.

Per quanto attiene all'offerta economica, la stazione appaltante ha esposto, altresì, le ragioni che hanno condotto la commissione a ritenere congrua la stessa.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata, sostenendo, in primo luogo, la legittimità della propria ammissione alla gara, in ragione di una pluralità di profili, primo tra tutti l'irrilevanza del fatto che la domanda di partecipazione sia stata presentata dal Consorzio, posto che per la partecipazione lo stesso ha fatto valere requisiti propri, ma derivanti dall'attività specificamente svolta dalla cooperativa assegnataria che, quindi, in concreto sarebbe in possesso dei requisiti tecnici richiesti (come risulta dimostrato dalla documentazione prodotta in allegato alla

domanda, che ben evidenzia come la cooperativa individuata come esecutrice abbia svolto servizi analoghi a quello oggetto della gara per importi anche superiori a quello richiesto).

Peraltro il Consorzio, per suo stesso statuto, opera per conto dei consorziati nei confronti dell'Amministrazione pubblica e a tal fine il mandato deve ritenersi insito nel rapporto stesso che lega consorziati e consorzio: in altre parole il consorzio è stato inequivocabilmente costituito proprio per partecipare in forma congiunta alle gare pubbliche e, quindi, sarebbe a tutti gli effetti un consorzio ai sensi dell'articolo 34, lettera b) del d. lgs. 163/2006.

In ogni caso, la norma del 1909 invocata da parte ricorrente non imporrebbe affatto la partecipazione di enti pubblici come soci, bensì solo la connotazione sociale delle finalità delle cooperative sociali che, nel caso di specie, non potrebbe, secondo la tesi difensiva, essere negata.

A prescindere da ciò, il consorzio aggiudicatario sarebbe comunque qualificabile come consorzio stabile, ai sensi della lettera c) dello stesso art. 34, posto che la giurisprudenza ha chiarito come non sia affatto necessaria la presenza della dicitura "consorzio stabile" nella ragione sociale, ma solo quella dei requisiti di legge individuati nella sentenza TAR Campania, Napoli, VIII, 23 dicembre 2009, n. 9517; requisiti tutti posseduti dal Consorzio in questione.

Infine, anche la controinteressata fa riferimento alla previsione della stessa *lex specialis* del procedimento già richiamata dal Comune al fine di giustificare la mancata produzione di specifica documentazione da parte della cooperativa esecutrice.

In relazione alla contestata offerta anomala, il Consorzio ripercorre i fatti successivi alla prima richiesta di chiarimenti del Comune, in occasione della quale il consorzio ha provveduto a ricalcolare il costo del personale, anziché alla luce dei propri costi effettivi, utilizzando il modulo fornito dal Comune, riferito alle tabelle

ministeriali. Ciò avrebbe fatto insorgere ulteriori dubbi nel Comune, a causa di ravvisate discrepanze con l'offerta, che contribuiva ad ingarbugliare ulteriormente la questione indicando, nella seconda richiesta di chiarimenti, un numero di ore inferiore a quello descritto nell'offerta. A tale richiesta il Consorzio replicava utilizzando il numero di ore indicato dal Comune, ma applicando i costi del lavoro previsti dalla tabella provinciale e non anche da quelle ministeriali.

Se si epurano i chiarimenti dalla confusione ingenerata nella non corretta formulazione dei quesiti e si applicano, quindi, le tabelle provinciali, tenendo conto che negli asili nido il personale ausiliario è qualificato in categoria A1 e non B1 (in quanto non interagisce con bambini) e prendendo come base di partenza il numero delle ore lavorative effettivamente indicato nell'offerta - il quale considera anche la pausa pranzo come tempo lavorato - l'offerta risulterebbe congrua, come è stato correttamente ritenuto.

Ciò anche in considerazione del fatto che essa tiene conto di un orario giornaliero di 7 ore e 15 minuti, ripartite in modo tale da garantire 4 ore e 15 minuti settimanali dedicati alla programmazione (o comunque altre attività ulteriori rispetto alla presenza in aula).

Relativamente al costo dei pasti, il consorzio aggiudicatario pone in luce come lo stesso non sia determinato dal solo costo della derrate, ma anche e forse in parte preponderante, dal costo del personale adibito, delle connesse operazioni per la pulizia e l'igiene, delle utenze ecc.. Calcolato il numero medio di pasti sulla base dell'esperienza maturata e tenuto conto dei suddetti costi, si addiverrebbe al costo di un pasto pari a circa 5 Euro, in linea con il mercato.

Infine parte resistente evidenzia come l'eventuale accoglimento del ricorso non potrebbe condurre all'aggiudicazione a favore della odierna ricorrente, ma solo al rinnovo del procedimento a partire dalla verifica dell'anomalia dell'offerta.

In vista della pubblica udienza solo l'Amministrazione resistente ha depositato un'ulteriore memoria, nella quale, peraltro, si ribadiscono le difese già spiegate.

Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2010 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso non può trovare accoglimento.

Nello Statuto con cui il Consorzio aggiudicatario è stato costituito in esito alla fusione tra il Gruppo Elefanti Volanti – Consorzio di cooperative sociali e il Gruppo Andropolis - Consorzio di cooperative sociali (depositato in giudizio dallo stesso Consorzio), si legge che la nuova società “ha scopo consortile e mutualistico – operando secondo questi principi, in conformità all’art. 1 della L. 8 novembre 1991, n. 381; non ha scopo di lucro né diretto né indiretto”, nonché che lo stesso è costituito anche ai sensi dell’art. 8 della medesima legge.

Il Consorzio in questione è, quindi, una società cooperativa sociale consortile costituita da due gruppi di cooperative, anche ai sensi dell'art. 8 della L. 8/11/1991 n. 381. Si tratta, dunque, di un consorzio (di secondo grado) di cooperative, cui si applica l'art. 27 del D. Lgs. C.P.S. 14/12/1947 n. 1577, in quanto tale ammesso a partecipare alle gare di appalto per l'affidamento di pubblici servizi, ai sensi dell'art. 34, lett. b), del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163 (in tal senso T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 26 gennaio 2010 , n. 84).

Né a diversa conclusione può condurre la presenza, tra i soggetti partecipanti al consorzio, di una società per azioni. Tale evenienza è espressamente prevista dalla legge, che, all’art. 8 della legge 8 novembre 1991, n. 381, prevede che la base sociale dei consorzi che rientrano nel suo stesso ambito di applicazione possa essere formata, ancorchè in misura inferiore al trenta per cento, anche da soggetti diversi da cooperative sociali.

Nel caso di specie, la partecipazione, con un'incidenza sul capitale sociale assolutamente minima, di una società per azioni non può, quindi, precludere la qualificabilità del consorzio come consorzio di cooperative legittimato alla partecipazione in proprio alle gare pubbliche.

Ciò premesso, nel caso di specie è incontestato che il possesso dei requisiti generali in ordine alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico e di idoneità morale siano stati dichiarati e verificati non solo in capo al consorzio ma anche in capo alle consorziate designate esecutrici del servizio, così come ritenuto necessario dalla giurisprudenza (cfr T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 18 giugno 2008 , n. 1637), mentre, per quanto attiene ai soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, gli stessi sono stati correttamente ritenuti cumulabili in capo al consorzio e così accertati.

L'ammissione alla gara del consorzio controinteressato (e della ditta esecutrice indicata) appaiono, quindi, del tutto conformi alle prescrizioni di legge, anche in termini di regolarità della documentazione prodotta.

Con riferimento alla seconda censura, avente ad oggetto l'asserita anomalia dell'offerta, anche in questo caso la doglianza non merita positivo apprezzamento.

La documentazione in atti conferma i chiarimenti contenuti nelle memorie delle parti resistenti che, sgombrati i dubbi dalle incertezze indotte dagli evidenziati malintesi tra amministrazione e consorzio offerente, hanno puntualmente dato conto delle ragioni per cui l'offerta in questione sia stata ritenuta affidabile.

L'applicazione delle tabelle salariali derivanti dall'accordo sottoscritto a livello locale, applicate al reale numero delle ore prestate (comprensivo delle quattro ore settimanali per attività ulteriori) e tenuto conto della corretta qualifica da attribuirsi al personale, conducono ad un costo della manodopera in linea con i minimi normativi e contrattuali imposti, così come puntualmente individuati, a livello locale, nelle tabelle provinciali richiamate anche dal bando di gara.

Anche in relazione al costo del singolo pasto somministrato, la giusta determinazione dello stesso, aggiungendo a quello dei viveri il costo del personale impiegato e l'incidenza di altre spese quali pulizie e utenze, conducono ad un prezzo complessivo che non pare discostarsi in modo palese da quello di mercato. Alla luce di tutto ciò, quindi, il giudizio di non anomalia formulato dalla stazione appaltante appare immune dai vizi di incoerenza, incongruità ed irrazionalità denunciati e che possono formare oggetto del giudizio di legittimità demandato al giudice amministrativo, con la conseguenza che, anche sotto questo profilo, il ricorso deve essere respinto.

Ne discende il rigetto anche dell'ulteriore domanda volta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia, peraltro priva del presupposto essenziale e cioè l'avvenuta sottoscrizione del contratto, la quale è stata sospesa sino alla pronuncia nel merito del ricorso.

Carente del necessario presupposto si appalesa, infine, anche la domanda risarcitoria, non essendo ravvisabile una condotta qualificabile come antiggiuridica, attesa l'accertata legittimità, per quanto attiene ai profili dedotti, dell'attività censurata.

Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Rigetta, altresì, sia la domanda volta alla dichiarazione di inefficacia del contratto, che quella risarcitoria per equivalente.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida, a favore del Comune e della controinteressata, nella misura di Euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuna, per un totale di Euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre ad IVA e C.P.A., se dovuti e rimborso forfetario delle spese.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2011

IL SEGRETARIO

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