

N. 05619/2015 REG.PROV.COLL.
N. 11116/2014 REG.RIC.



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

IN NOME DEL PO POLO IT ALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11116 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tempor Spa - Agenzia per il Lavoro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Hernandez e Francesco Hernandez, con domicilio eletto presso Studio Legale Hernandez & Dinacci in Roma, Via A. Gramsci n. 14;

contro

Volsca Ambiente e Servizi Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Livio Lavitola e Carlo Contaldi La Grotteria, con domicilio eletto presso Livio Lavitola in Roma, v.le Giulio Cesare n. 71;

Commissione di gara, in persona del Presidente p.t.;

nei confronti di

Job Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

Temporary Spa, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

per l'annullamento,

previa sospensiva,

- quanto al ricorso introduttivo:

dell'aggiudicazione definitiva del 30/07/2014 dell'appalto del “servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato per i servizi di Volsca Ambiente e Servizi S.p.A.” a favore della Job Italia S.p.a. e di tutti gli ulteriori atti e/o provvedimenti indicati nell'epigrafe del ricorso;

per la condanna al risarcimento danno;

- quanto ai motivi aggiunti:

degli atti inerenti l'asserita verifica di congruità e comunque la valutazione dell'adeguatezza dell'offerta presentata da Job Italia S.p.A., depositata da Volsca Ambiente e Servizi s.p.a. in 22 settembre 2014;

per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto stipulato nelle more;

per la dichiarazione e il riconoscimento del diritto della ricorrente a subentrare nel contratto;

e per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Volsca Ambiente e Servizi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2015 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che:

- con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 23 agosto 2014 e depositato in medesima data, la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto del “servizio di

somministrazione di lavoro a tempo determinato per i servizi della Volsca Ambiente e Servizi S.p.A. CIG 5704899794”, da quest’ultima adottato in data 30 luglio 2014 a favore della Job Italia S.p.A., e tutti gli atti ad esso presupposti e/o consequenziali;

- in particolare, la ricorrente deduce i vizi di violazione di legge, violazione del capitolato d’appalto e del disciplinare di gara e di eccesso di potere sotto svariati profili, in quanto sostiene – in sintesi - che:

a) la indicata Job Italia – al pari della Temporary S.p.A., qualificatasi anch’essa “prima” in graduatoria per aver offerto il medesimo “moltiplicatore” (1,001), da applicare al costo del lavoro, ai sensi di quanto prescritto dall’art. 2.3. del disciplinare di gara, ma non divenuta aggiudicataria in ragione dell’esito del sorteggio appositamente effettuato dalla stazione appaltante – sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per aver formulato un’offerta in perdita o, comunque, le offerte formulate dalle due indicate società avrebbero dovuto essere oggetto della verifica di congruità, con conseguente esclusione delle predette in ragione del divieto di “offerte negative”, desumibile dalla legge (art. 97 Cost., artt. 2, 27 e 86 del d.lgs. 163/2006) ma anche dai principi generali, con la chiara conseguenza che la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata alla predetta, in qualità di terza in graduatoria (tenuto anche conto dell’insussistenza delle condizioni prescritte per l’applicazione dell’art. 4.3. del disciplinare di gara, riguardante il differente caso della “mancanza dei requisiti di cui all’art. 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006” in capo “alle prime due classificate”, specificando, ancora, che la richiamata disposizione – ove differentemente interpretata – sarebbe da considerare illegittima);

b) la Job Italia e la Temporary – “avendo meno di quattro soci” - avrebbero dovuto essere escluse per mancata ottemperanza all’obbligo

di dichiarazione di cui all'art. 38 gravante "sul socio di maggioranza";

c) in subordine, l'intera gara è illegittima, attesa l'irreperibilità del bando di gara sul sito della stazione appaltante";

e, pertanto, chiede l'annullamento degli atti e provvedimenti impugnati e la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato, nonché il risarcimento del danno "sia in forma specifica (come sopra richiesto), sia per equivalente";

- con atto depositato in data 22 settembre 2014 si è costituita la Volsca Ambiente e Servizi S.p.a., la quale - nel contempo - ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione da parte della ricorrente delle note a quest'ultima inviate in riscontro ai preavvisi di impugnativa trasmessi in date 16.6.2014 e 23 giugno 2014, affermando, tra l'altro, la natura "meramente confermativa" dell'aggiudicazione in seguito disposta, e l'inammissibilità del quarto e del sesto motivo di ricorso per "carenza di interesse", nonché sostenuto la correttezza del proprio operato sulla base dell'inapplicabilità - nel caso di specie - dell'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'avvenuto rispetto degli obblighi di pubblicità, di quanto comunque risultato dai controlli effettuati in epoca successiva all'aggiudicazione in ordine alla sostenibilità dell'offerta e, ancora, della circostanza che la società Job è a "socio unico";

- anche a seguito della valutazione degli ulteriori scritti difensivi e documenti prodotti dalla ricorrente in date 22 e 24 settembre 2014, con ordinanza n. 4471 del 25 settembre 2014 il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare;

- in data 31 ottobre 2014 la ricorrente ha depositato motivi aggiunti, proposti per l'annullamento "della verifica di congruità e comunque della verifica dell'adeguatezza dei primi due classificati, e della conferma,

anche qualora sia implicita, dell'aggiudicazione ... e di tutti gli atti impugnati, nonché della comunicazione della Volsca Italia del 8.9.2014 e delle comunicazioni di Job Italia a Volsca del 8.9.2014", nonché del contratto stipulato nelle more;

- a tale fine la ricorrente ripropone i vizi di violazione di legge, del capitolato d'appalto e del disciplinare di gara ed eccesso di potere sotto svariati profili, ribadendo che le due società classificatesi prima e seconda in graduatoria dovevano essere escluse dalla gara, denunciando l'illegittimità della verifica di congruità operata da Volsca, in quanto "successiva all'aggiudicazione definitiva" e comunque viziata per difetto di istruttoria e erroneità dei presupposti (atteso che "l'offerta di Job Italia è e rimane in perdita", essenzialmente in ragione dell'impossibilità di considerare il contributo del 4%, versato a Forma-Temp, pari a circa € 30.000,00, in termini di "utile"), e, dunque, riaffermando – in conclusione - il diritto "all'aggiudicazione della gara in proprio favore" (previa dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato) o, comunque, il diritto al risarcimento del danno per equivalente;

- con memoria depositata in data 4 novembre 2014 la Volsca Ambiente e Servizi S.p.A. ha contestato la fondatezza dei motivi di diritto denunciati, affermando la piena legittimità del "controllo effettuato a posteriori";

- in data 18 novembre 2014 anche la ricorrente ha prodotto una memoria, con cui ha, in particolare, insistito sulla circostanza che, "a prescindere dalla natura della verifica dell'anomalia... le offerte di Job Italia e della Temporary sono comunque in perdita" e, dunque, tali società dovevano essere escluse dalla gara;

- con ordinanza n. 5911/2014 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare;

- all'udienza pubblica dell'11 marzo 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione;

Ritenuto che – per quanto riguarda l'atto introduttivo del presente giudizio – si possa prescindere dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità, sollevata dalla resistente Volsca Ambiente e Servizi s.p.a. in ragione della mancata previa impugnazione delle note rese in riscontro ai preavvisi di impugnativa, in quanto il ricorso è infondato e, pertanto, va respinto per le ragioni di seguito indicate:

- l'eventuale formulazione da parte di concorrenti di un'offerta c.d. "in perdita" – anche ove effettivamente riscontrabile e, dunque, sussistente – non costituisce - di per sé – motivo di esclusione dalla gara. E', infatti, noto che le cause di esclusione dalla gara – di cui è, tra l'altro, espressamente statuita la "tassatività" – sono espressamente individuate dall'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 nel "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta", nel "difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte" e, dunque, non ricomprendono anche l'ipotesi cui si discute, afferente le offerte che risultino inidonee a comportare un utile per la concorrente;

- premesso che le prescrizioni di cui all'art. 8 del Capitolato d'appalto e dell'art. 2.3 del disciplinare di gara, richiamate dalla ricorrente, non comminano l'esclusione dalla gara in caso di offerte c.d. in perdita, appare – poi – opportuno ricordare, in linea con quanto più volte affermato dalla giurisprudenza, che l'eventuale previsione di clausole

escludenti a livello di *lex specialis* di gara, specificamente introdotte e formulate dalla stazione appaltante, non legittimano l'esclusione in quanto non possono che essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice amministrativo, in osservanza del dettato della legge e, in particolare, del già citato art. 46;

- è, ancora, da condividere l'assunto, sostenuto dalla parte resistente, secondo cui – trattandosi di un appalto che riguarda l'affidamento di un servizio ricompreso nell'all. II B del d.lgs. n. 163 del 2006, c.d. codice dei contratti (in particolare, somministrazione di lavoro) – lo stesso appalto risulta disciplinato “esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)” del predetto codice, così come disposto dall'art. 20 di quest'ultimo (seppure – comunque – soggetti ai “principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”, ex art. 27 successivo), e, pertanto, in relazione agli stessi non operano le prescrizioni di cui all'invocato art. 86, commi 1 e 2, in materia di verifica di “congruità delle offerte”;

- né, d'altro canto, si ravvisano elementi utili e sufficienti per affermare che un obbligo in tal senso sarebbe – comunque – desumibile dalla *lex specialis* di gara (e, in particolare, dalla mancata menzione in quest'ultima dei su indicati artt. 20 e 27 e, ancora, dal richiamo di numerosi articoli del codice dei contratti), atteso che, in presenza di esplicite prescrizioni che stabiliscono una determinata disciplina (qual è il su richiamato art. 20), l'operatività di disposizioni ulteriori e differenti rispetto a quelle espressamente imposte dal legislatore può trovare valido riconoscimento non certo sulla base di considerazioni “presuntive” bensì esclusivamente in virtù di un richiamo espresso alla

previsione invocata (rectius: l'art. 86) o in quanto esplicitazione di principi di carattere generale (qual è l'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 in materia di possesso di inderogabili requisiti di moralità). Orbene, nel caso di specie tali condizioni sono da ritenere insussistenti, in linea – del resto – con l'unanime orientamento della giurisprudenza in materia, in base al quale costituisce un principio ormai indiscusso quello secondo il quale, in presenza di servizi ricadenti nell'all. II B del codice dei contratti (c.d. "settori esclusi"), gli art. 86-88 del codice dei contratti non possono trovare diretta applicazione (Cons. Stato, sez. V, sentenza 22 marzo 2011, n. 1784; TAR Sicilia, Catania, n. 1300 del 2014; T.A.R. Perugia, sez. I, sentenza 21 gennaio 2010, n. 26);

- a una differente conclusione non può, poi, condurre la circostanza che si tratti dell'affidamento di una gara sopra soglia comunitaria. Al riguardo, appare sufficiente ricordare che la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha avuto modo più volte di affermare che i servizi di cui all'all. II B del codice – ancorché rispondano al c.d. "principio dell'autovincolo" in precedenza esposto - non esonerano esclusivamente dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale, rilevando – in particolare – sulla base di essi la mera "opportunità", in relazione ai casi in cui il valore dell'appalto risulti superiore alla soglia comunitaria, di "una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 D.Lgs. n. 163/2006)" e, dunque, ribadendo – seppure in termini impliciti ma comunque chiari - che gli artt. 20 e 27 costituiscono l'unica disciplina a cui la stazione appaltante è tenuta ad attenersi in caso di "contratti esclusi", indipendentemente dal valore dell'appalto (cfr., tra le altre, Del. n. 25 dell'8 marzo 2012);

- tenuto conto di quanto su riportato in ordine all'insussistenza di ragioni valide a supporto dell'esclusione dalla gara delle società classificate al primo e al secondo posto della graduatoria stilata, la disamina del motivo afferente l'individuazione dell'effettiva portata dell'art. 4.3. del disciplinare di gara - riguardante le conseguenze derivanti dalla mancata aggiudicazione al primo e al secondo classificato in esito alla verifica dei requisiti prescritti dall'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, utile per la valutazione della fondatezza o meno della pretesa della ricorrente ad essere riconosciuta "prima classificata ab initio" - non può che divenire priva di concreta giuridica rilevanza;
- anche la censura afferente la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 non è meritevole di positivo riscontro. La parte resistente ha, infatti, adeguatamente comprovato che – per la Job Italia – è stata resa la dichiarazione del sig. Leo Mari, "in qualità di Amministratore unico, legale rappresentante e socio unico" della società, nel pieno rispetto della previsione di cui sopra. Per completezza, si precisa, ancora, che – risultando indiscusso che almeno una delle due società meglio posizionate in graduatoria rispetto alla ricorrente non doveva essere esclusa dalla gara sulla base della ragione in esame (rectius: la violazione dell'art. 38) – sussistono le condizioni per soprassedere sulla disamina della stessa censura in relazione all'ulteriore società indicata (ossia, la Temporary), in quanto divenuta del tutto ininfluyente;
- come in precedenza esposto, la ricorrente denuncia "in subordine" la violazione dell'art. 64 del d.lgs. n. 163 del 2006 "per mancata pubblicazione sul sito della Volsca del bando di gara". Tale censura è – del pari – destituita di fondamento, avendo la Volsca adeguatamente comprovato di aver proceduto alla pubblicazione degli atti di gara sul proprio sito (oltre che nella GURI dell'11 aprile 2014) e, comunque,

risultando inequivoco che la ricorrente è stata in condizione di partecipare alla gara;

- in definitiva, il ricorso introduttivo del presente giudizio è infondato e, pertanto, va respinto;

- come in precedenza esposto, la ricorrente propone anche motivi aggiunti per l'impugnativa "della verifica di congruità e comunque della verifica dell'adeguatezza dei primi due classificati, e della conferma, anche qualora sia implicita, dell'aggiudicazione". Come si trae dalla documentazione agli atti, i motivi aggiunti di cui trattasi traggono – in verità – origine da quanto rappresentato e comprovato dalla Volsca circa l'avvenuta verifica della congruità "dell'offerta dell'aggiudicatario", ossia da eventi sopravvenuti, inerenti esclusivamente la Job Italia. Ciò detto, il Collegio ritiene di dover evidenziare che, seppure la ricorrente tenda ragionevolmente a relazionare la contestazione in questione ad entrambe le società prime classificate, l'operato posto in essere dalla Volsca, passibile in questa sede di sindacato, è inequivocabilmente afferente esclusivamente una soltanto delle due società di cui si discute, con la conseguenza che le censure formulate – ove riferite anche all'esito di una eventuale verifica di congruità anche nei confronti dell'offerta della Temporary, affatto espletata - non possono che rivelarsi meramente presuntive e inequivocabilmente generiche e, quindi, inammissibili, non essendo dato sapere né conoscere in alcun modo le giustificazioni che quest'ultima avrebbe fornito e, dunque, risultando impossibile dare per scontato che la valutazione dell'anomalia delle due offerte avrebbe portato ad un identico risultato. In ragione di tale constatazione e tenuto, altresì, conto dell'esito negativo per le ragioni in precedenza illustrate delle censure formulate con il ricorso introduttivo, non può, dunque, che pervenirsi alla conclusione che i

motivi aggiunti di cui si discute debbono essere dichiarati improcedibili per carenza di interesse, posto che la società ricorrente figura – in ogni caso - come “terza” classificata nella gara e, pertanto, risulta evidente che un eventuale accoglimento dei motivi aggiunti formulati – atti ad inficiare, ove eventualmente condivisi, esclusivamente la verifica di congruità dell’offerta della Job Italia - sarebbe inidoneo a comportare un vantaggio diretto e immediato per la predetta società, la quale risulterebbe – comunque – in posizione deteriore rispetto alla Temporary;

- atteso l’esito delle impugnative proposte, è doveroso poi rilevare l’insussistenza di valide ragioni per l’accoglimento della richiesta del risarcimento dei danni, la quale va respinta;

Ritenuto, in conclusione, che il ricorso introduttivo del presente giudizio vada respinto, mentre i motivi aggiunti debbano essere dichiarati improcedibili per carenza di interesse;

Ritenuto, peraltro, che le spese di giudizio seguano la soccombenza e debbano essere liquidate a favore della Volsca Ambiente e Servizi S.p.A. in € 2.000,00, oltre IVA e CPA nei termini di legge;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 11116/2014, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso introduttivo;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti;
- condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, così come liquidate in motivazione;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2015

con l'intervento dei Magistrati:

Domenico Lundini, Presidente FF

Solveig Cogliani, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2015

IL SEGRETARIO

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

