

Pubblicato il 02/01/2018

N. 00007/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00500/2017 REG.RIC.



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 500 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Cooperativa Culture e Cooperativa Sociale Labirinto Soc. Coop. P.A. Onlus, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Grazzini e Tommaso Di Marco, domiciliate *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria TAR Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

contro

Comune di Pesaro, rappresentato e difeso dagli avvocati Mariangela Bressanelli e Isabella Gattini, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Galvani in Ancona, corso Mazzini N. 156;

nei confronti di

Le Macchine Celibi Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Fornasari e Cristina Rimondi, domiciliata *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria TAR Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

per l'annullamento

- della determina dirigenziale n. 2082 del 10 agosto 2017, con la quale il Comune di Pesaro ha approvato la proposta di aggiudicazione del “*servizio di gestione dei servizi bibliotecari della biblioteca San Giovanni e delle Biblioteche di Quartiere del Comune di Pesaro per il periodo dal 1/07/2017 al 31/12/2018*” alla Cooperativa sociale Le Macchine Celibi;
 - della nota del 22 agosto 2017, con la quale la Dirigente del Servizio Cultura e Promozione del Territorio del Comune di Pesaro ha comunicato al RTI ricorrente Società Cooperativa Culture l'avvenuta aggiudicazione del servizio in favore de Le Macchine Celibi;
 - di tutti i verbali di gara (dal n. 1 al n. 5), anche nella parte recepiscono il giudizio di congruità positivo sull'offerta presentata da Le Macchine Celibi;
 - *in parte qua*, del bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale R.I. - V serie speciale n. 26 del 3 marzo 2017, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto;
 - del Regolamento contratti del Comune di Pesaro approvato con deliberazione di C. C. n. 128/2016, modificato con deliberazione di C.C. n. 60/2017, ed in particolare dell'art. 14 nella parte in cui regola le modalità di nomina della Commissione giudicatrice, nonché della determina dirigenziale del 4 aprile 2017, n. 775, con cui l'Amministrazione comunale ha nominato la Commissione;
 - della determinazione n. 2715 del 13 ottobre 2017, pubblicata sull'Albo del Comune il 19 ottobre 2017, recante “*ampliamento del servizio di gestione dei servizi bibliotecari ai sensi dell'art. 106, comma 12 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”;
- e per
la declaratoria di inefficacia del contratto e il subentro della ricorrente nell'esecuzione del servizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pesaro e di Le

Macchine Celibi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2017 il dott.

Gianluca Morri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente partecipava alla procedura di gara per l'aggiudicazione del *“servizio di gestione dei servizi bibliotecari della biblioteca San Giovanni e delle Biblioteche di Quartiere del Comune di Pesaro per il periodo dal 1/07/2017 al 31/12/2018”*, con importo a base d'asta di € 690.000,00, classificandosi al secondo posto.

Con l'odierna iniziativa giudiziaria mira all'esclusione dell'offerta aggiudicataria o comunque all'annullamento integrale delle operazioni di gara.

Si sono costituiti, per resistere al ricorso, il Comune di Pesaro e l'aggiudicataria controinteressata.

2. Con il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, viene dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016, nella nomina della commissione di gara, essendo composta da soggetti incompatibili con l'esercizio di tali funzioni. In particolare viene dedotta:

- l'incompatibilità del presidente perché al tempo stesso anche Responsabile Unico del Procedimento (RUP), Dirigente del Servizio Cultura (cioè l'articolazione amministrativa che sottoscriverà il contratto), titolare del subprocedimento di anomalia delle offerte, firmatario di bando e capitolato;

- l'incompatibilità degli altri due componenti della commissione (dott.ssa Silvia Melini in qualità di Specialista in servizi e culturali e dott.ssa

Emanuela Ena in qualità di Responsabile U.O. Iniziative Culturali) che, nell'organizzazione dell'ente, risultano in posizione gerarchicamente subordinata a quella del presidente della commissione, essendo questi anche dirigente del servizio.

Con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti viene ulteriormente dedotta l'illegittima composizione della commissione per ulteriore incompatibilità di quest'ultimo commissario, nominato responsabile del procedimento per la fase esecutiva del contratto come dimostra l'avvenuta adozione della determina 13 ottobre 2017 n. 2715 recante “*ampliamento del servizio di gestione dei servizi bibliotecari ai sensi dell'art. 106, comma 12 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”.

2.1 Le censure vanno disattese.

2.2 Con riguardo ai profili di pretesa incompatibilità tra RUP (titolare anche del sub-procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta) e presidente della commissione di gara, l'odierno Collegio non intravede ragioni per discostarsi dall'orientamento recentemente seguito, su un caso simile, da questo stesso Tribunale (cfr. TAR Marche, 6.2.2017 n. 108), che esclude forme di automatismo nell'individuare incompatibilità tra le funzioni qui in esame (cfr. anche TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 11.1.2017 n. 452 e giurisprudenza ivi richiamata).

Sul punto sarebbe quindi stato onere della ricorrente fornire precisi elementi di prova sull'esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all'attività di RUP.

Con riguardo ai profili di incompatibilità per avvenuta sottoscrizione della *lex specialis* e per l'eventuale successiva sottoscrizione del contratto con l'aggiudicatario, va innanzitutto osservato, come controdedotto dall'amministrazione resistente, che gli atti di gara sono stati predisposti da altra unità organizzativa dell'ente (ufficio gare) e che gli stessi si limitano, nella sostanza, a riprodurre la *lex specialis* delle precedenti procedure per

l'affidamento del medesimo servizio.

Anche in questo caso il lamentato condizionamento del presidente di gara, pregiudizievole per gli interessi di parte ricorrente, avrebbe richiesto l'assolvimento dell'onere probatorio, non potendosi rilevare profili di incompatibilità meramente automatica.

Peraltro va osservato che la ricorrente non muove alcuna contestazione sui punteggi attribuiti dalla commissione alle offerte tecniche, in base ad un coefficiente ponderale opportunamente motivato su ciascun criterio.

Ad esempio, sul criterio 1.1 a) (articolazione oraria adottata con riferimento agli standard minimi richiesti), l'offerta aggiudicataria ha ottenuto coefficiente 1 (*ottimo*) per avere indicato 18 unità impiegate, mentre la ricorrente ha ottenuto il coefficiente 0,75 (*buono*) per averne indicate 10.

Sul criterio successivo 1.1 b) (modalità di svolgimento coordinamento delle attività di *reference/reception/prestito*), gli stessi coefficienti del parametro precedente sono stati assegnati sul rilievo che l'aggiudicataria indicava anche la carta dei servizi, *reference on-line*.

Sul criterio 1.1 c) (strategie di supplenza/sostituzioni), entrambe le offerte hanno ottenuto coefficiente *ottimo* per avere indicato 4 sostituti.

La differenza di punteggio sul criterio 1.2 a) (metodologia di coordinamento del servizio con particolare riferimento alle modalità di relazione del referente con la struttura operativa interna), ha premiato l'aggiudicataria per aver indicato compresenze e riunioni fuori orario di servizio (coefficiente 1 rispetto a coefficiente 0,75).

Nel criterio successivo 1.2 b) (metodologia di coordinamento del servizio con particolare riferimento alle modalità di relazione del referente con l'amministrazione comunale), l'offerta della ricorrente è stata ritenuta meno meritevole per carenze informative specifiche (desumibili solo nella descrizione del *curriculum* del referente) (coefficiente 0,75 all'aggiudicataria e 0,25 alla ricorrente).

Nei criteri 1.2 b) e 1.2 c), entrambe le offerte hanno ottenuto il punteggio massimo, mentre negli ultimi due criteri (3.1 e 4) la ricorrente ha ottenuto, con specifica motivazione, addirittura un punteggio maggiore dell'aggiudicataria.

Per ragioni di sinteticità espositiva non occorre procedere oltre in questa analisi: è sufficiente il rilievo che, anche negli ulteriori criteri, le differenze di punteggio sono state adeguatamente motivate sulla base di elementi sostanzialmente oggettivi e non contestati (cfr. verbali nn. 2 e 3 del 4 e 16 maggio 2017).

Quanto sopra a maggior prova che le doglianze in oggetto avrebbero dovuto essere accompagnate da precisi elementi di prova riguardo a pretesi condizionamenti del presidente della commissione nell'applicare la *lex specialis*.

2.3 Riguardo alla dedotta incompatibilità degli altri due componenti della commissione, per pretesa soggezione gerarchica rispetto al presidente, risulta sufficiente osservare:

- che la dott.ssa Melini, dipendente della provincia poi trasferita alla regione e assegnata temporaneamente al comune di Pesaro, risulta titolare di incarico di posizione organizzativa (c.d. mini dirigente), ovvero una posizione dotata di ampia autonomia decisionale;
- che anche la dott.ssa Ena risulta titolare di un incarico di posizione organizzativa.

I rapporti tra tali figure non paiono quindi riconducibili integralmente alla nozione tradizionale di “*rapportogerarchico*” (che potrebbe creare effettivamente problemi di condizionamento del subordinato rispetto superiore gerarchico), ma paiono invece più attinenti ad un rapporto di “*coordinamento*” o al più di “*direzione*” che attribuisce al titolare della relativa posizione solo poteri di propulsione e indirizzo.

2.4 Riguardo, infine, all'ulteriore profilo di incompatibilità della dott.ssa

Ena, va osservato che l'attribuzione di funzioni successive, allo svolgimento delle operazioni di gara, non può determinare l'incompatibilità in esame, trattandosi di attribuzioni *ex post* (eventualmente assegnabili ad altri soggetti) e di cui non è dato comprendere come potrebbero influenzare, *ex ante*, la valutazione delle offerte; valutazione peraltro avvenuta, come visto nel precedente punto 2.2, attraverso motivazioni sostanzialmente obiettive e non contestate.

3. Con gli ulteriori motivi del ricorso introduttivo del giudizio, che possono essere trattati congiuntamente poiché connessi tra loro, vengono dedotte illegittimità nel procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, la quale avrebbe comunque dovuto essere esclusa perché incongrua e non sostenibile. In particolare viene dedotto:

- che le operazioni dell'ultima seduta di gara si sono svolte il 5 luglio, ma al relativo verbale viene allegato il verbale n. 1 del RUP, con le valutazioni sull'anomalia, che reca la data del 7 luglio (mentre avrebbe dovuto essere antecedente);
- che l'offerta aggiudicataria è comunque incongrua avendo giustificato un costo medio orario di 16,56 euro rispetto al costo medio, deducibile dalle tabelle ministeriali, di 18,10 euro relativamente al personale di 5° livello;
- che tale differenza deriva dall'aver illegittimamente omissi di conteggiare gli scatti biennali, alcuni oneri aggiuntivi (festività retribuite, tredicesima e quattordicesima), previdenziali e assistenziali (Inps, Inail), la rivalutazione del TFR, il fondo di previdenza complementare, oltre all'omessa considerazione delle 8 ore destinate a "*formazione, permessi d.lgs. 626/94*";
- che, infine, l'incongruità dell'offerta deve desumersi anche dall'aver illegittimamente giustificato il costo del lavoro, per prestazioni migliorative, attraverso l'istituto delle "*ore supplementari*" (che non possono essere imposte al lavoratore) previsto dal CCNL, avente un costo unitario di 12,93

€/h rispetto al costo di 18,10 €/h delle ore ordinarie (che invece costituiscono prestazione dovuta dal lavoratore).

3.1 Anche tali doglianze vanno disattese.

3.2 Riguardo alla pretesa incongruità delle date desumibili dal verbale della seduta pubblica del 5 luglio, va osservato che trattasi di mero errore materiale, come riferisce la stazione appaltante con deduzioni che il Collegio ritiene condivisibili.

3.3 In relazione ai profili di pretesa incongruità dell'offerta aggiudicataria, va innanzitutto osservato che la mancata considerazione degli scatti biennali veniva giustificata sulla base del duplice presupposto che saranno impiegati lavoratori neoassunti (ancorché riassorbiti dall'appalto uscente) e che l'affidamento in oggetto ha durata inferiore al biennio.

La ricorrente ritiene tale giustificazione in contrasto con la vigente normativa lavoristica, che impone al datore di lavoro di considerare, nell'anzianità di inquadramento, anche il periodo pregresso.

Al riguardo il Collegio osserva che l'eventuale illegittima mancata attribuzione di scatti biennali dovrà essere oggetto di accertamento nelle competenti sedi giudiziarie su eventuale ricorso dei lavoratori interessati. Sul punto giova altresì rilevare che l'operazione di inquadramento del personale risulta essere stata condivisa dalle organizzazioni sindacali, come da accordo sottoscritto in data 14 settembre 2017, richiamato dalla controinteressata nella propria memoria difensiva.

In sede di valutazione di anomalia dell'offerta, la giustificazione può considerarsi quindi accettabile non potendo certo, la stazione appaltante, entrare nel merito di questioni giuridiche complesse attinenti ai rapporti contrattuali tra l'aggiudicatario e i propri lavoratori, con poteri di accertamento (quantomeno incidentale) analoghi a quelli dell'autorità giudiziaria.

L'infondatezza di tale doglianza esclude ulteriori profili di incongruità

riguardo alle voci economiche connesse di cui la ricorrente contesta la mancata considerazione.

3.4 Per le stesse ragioni non possono essere condivise le censure riguardanti l'applicazione dell'istituto delle “*ore supplementari*”, il cui svolgimento è stato comunque assicurato dall'offerente, anche se il lavoratore, in linea essenzialmente teorica, potrebbe rifiutare tale prestazione aggiuntiva.

Peraltro va osservato che il profilo in esame riguarda la sostenibilità economica delle migliorie proposte (1.630 ore aggiuntive), in relazione alle quali nulla spiega parte ricorrente circa il peso che esse hanno assunto nell'attribuzione dei punteggi. L'effettiva incongruità, sotto il profilo in esame, non comporterebbe infatti l'esclusione dell'intera offerta, ma solo delle predette migliorie (o quantomeno il loro ridimensionamento in relazione al numero di ore ritenute congruo), con conseguente ricalcolo del punteggio assegnato all'aggiudicataria, al momento vittoriosa sulla ricorrente, per 100 punti contro 81,495.

3.5 Circa l'omessa pretesa considerazione delle 8 ore destinate a “*formazione, permessi d.lgs. 626/94*”, sono condivisibili le deduzioni delle controparti resistenti secondo cui i corrispondenti costi vanno imputati negli oneri di sicurezza e non nel costo del personale.

3.6 L'infondatezza dei motivi sopra trattati esclude l'esigenza di esaminare le ulteriori censure riguardanti voci economiche di minore rilevanza, dovendosi ricordare che il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, piuttosto, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso e in concreto, sia attendibile ed affidabile rispetto al fine da raggiungere (cfr. TAR Marche, 12.12.2017, n. 915; 14.11.2017, n. 861; 3.7.2017, n. 578; 2.1.2017, n. 2).

4. Va infine preso atto della sopravvenuta carenza di interesse alla

trattazione delle ulteriori censure, contenute nel ricorso per motivi aggiunti, rivolte contro la determinazione n. 2715 del 13.10.2017, che risulta essere stata revocata con determinazione n. 3395 del 30.11.2017, perché venuta *“meno la necessità di programmare ulteriori iniziative giustificative dell’impegno di spesa assunto con la determinazione dirigenziale n. 2715 del 13.10.2017”*, così come si legge al punto n. 2 del dispositivo di quest’ultimo provvedimento.

5. Il ricorso va conclusivamente respinto.

6. Le spese di giudizio possono essere compensate considerata la particolarità e per certi versi complessità della vicenda in esame.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall’Autorità amministrativa ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l’intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere, Estensore

Tommaso Capitano, Consigliere

L’ESTENSORE

Gianluca Morri

IL PRESIDENTE

Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO

