Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 1018

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE QUINTA SEZIONE
ha pronunciato la seguente
DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 4593/2007 del 31/05/2007, proposto dalla Xxx SCARL in proprio e quale capogruppo RTI, dalla RTI Yyy SRL anche in proprio, rappresentate e difese dagli avvocati G.T. e L.T. con domicilio eletto in Roma, presso l'avv. G.M. di S.L.;

contro

il COMUNE DI M. rappresentato e difeso dagli avvocati M.R.S., M.T.M., R.I., e S.P., con domicilio eletto in Roma presso lo studio del terzo;
la RTI Zzz SCARL anche in proprio, rappresentata e difesa dagli avvocati M.S. e P.M., con domicilio eletto in Roma presso lo studio del primo;
l'I.N.P.S. DI M. non costituitasi;

e nei confronti della

Qqq SCARL in proprio e quale capogruppo RTI, rappresentata e difesa dagli avvocati M.S. e P.M., con domicilio eletto in Roma presso lo studio del primo;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA - MILANO :Sezione III n.132/2007 , resa tra le parti, concernente GARA PUBBLICA PER APPALTO SERVIZIO DI PULIZIA DEGLI UFFICI GIUDIZIARI ;
Visto l'atto di appello con i relativi allegati;
Viste le memorie difensive prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti gli atti tutti della causa;
Alla pubblica udienza del 1° Luglio 2008, relatore il Consigliere Francesco Caringella uditi, gli avvocati M., su delega dell'avv. T., l'avv.ssa R., su delega dell'Avv. I. e l'avv. S.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 681 del 5 dicembre 2005 il Comune di M. indiceva una gara, con procedura aperta - pubblico incanto, per l'affidamento del servizio di pulizia presso il Palazzo di Giustizia e le altre sedi degli uffici giudiziari, per un periodo di tre anni e un importo complessivo pari ad € 6.750.000,00 I.V.A. esclusa, con la previsione che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del d. lgs. 157 del 1995.
Entro il termine assegnato dal bando pervenivano 14 domande, tra cui quelle delle ATI Xxx s.c.a.r.l. con Yyy s.r.l. e Qqq s.c.a.r.l. con Zzz s.c.a.r.l. e all'esito delle operazioni di gara, espletata altresì l'analisi di congruità delle offerte, il RTI tra Qqq e Zzz veniva dichiarato aggiudicatario, mentre il RTI Xxx - Yyy si classificava al secondo posto.
Nel corso del giudizio amministrativo incardinato da detto raggruppamento avverso gli atti di gara, il Tribunale, con l'ordinanza cautelare n. 1151 del 2006, riteneva fondato, in sede di sommario esame, il terzo motivo, accogliendo conseguentemente la domanda incidentale di sospensione "al fine del riesame della valutazione di anomalia dell'offerta". Ciò comportava, in ottemperanza alla pronuncia cautelare del Tribunale, la rinnovazione della verifica di congruità dell'offerta e conduceva ai nuovi atti della stazione appaltante impugnati con motivi aggiunti.
Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, proposto da detto ultimo raggruppamento avverso gli atti di gara.

Il RTI Xxx - Yyy appella contestando gli argomenti posti a fondamento del decisum.
Resistono il Comune di M. ed il raggruppamento aggiudicatario.
Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.
All'udienza del 1° luglio 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.
2. L'appello è infondato.
2.1. Non merita accoglimento il primo motivo di appello con il quale parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante, a fronte della mancata tempestiva risposta alla richiesta di chiarimenti e produzioni, ha concesso per due volte un nuovo termine al RTI poi risultato aggiudicatario, in violazione dei principi di continuità dell'azione amministrativa e di tutela della par condicio.
Il mezzo è infondato.
La parabola argomentativa svolta dalla parte appellante muove dalla non condivisibile premessa che il termine concesso dall'amministrazione ai soggetti che partecipano alla gara al fine di fornire i chiarimenti ai fini del giudizio di anomalia, abbia carattere oggettivamente perentorio.
In senso contrario a tale prospettazione si deve invece rimarcare che, in assenza di specifica comminatoria in tal senso in seno alla legge ed alla lex specialis, l'amministrazione ha il potere discrezionale di prorogare il termine originariamente concesso ovvero di chiedere ulteriori approfondimenti.
D'altra parte lo stesso principio del contraddittorio che permea la fase della verifica di anomalia impedisce di accedere a soluzioni rigide che annettano al decorso del termine l'effetto inesorabile ed automatico dell'esclusione dalla procedura, precludendo alla p.a. ogni ulteriore approfondimenti istruttori in merito alla rispondenza, in termini di affidabilità e serietà, dell'offerta alle esigenze perseguite dalla stazione appaltante. E tanto specie con riguardo al caso in esame, nel quale, in sede di assegnazione iniziale del termine poi prorogato, la p.a. non ne ha intimato la perentorietà, diversamente da quanto occorso per la successiva assegnazione del termine finale poi rispettato dal raggruppamento.
In definitiva, come chiarito allo stesso art. 88 del codice dei contratti pubblici, la concessione all'aggiudicataria di un termine ulteriore costituisce facoltà dell'amministrazione che non integra in sé violazione dei principi che informano lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica.
2.2. Con il secondo motivo parte appellante ripropone le censure tese a stigmatizzare l'erronea valutazione condotta dall'amministrazione in ordine alle giustificazioni del costo della mano d'opera e del margine di utile, valutazioni rinnovate a seguito dell'esecuzione della misura cautelare propulsiva adottata dal Primo Giudice.
In disparte i profili di rito adombrati dal Comune appellato, si deve concludere per l'infondatezza dei motivi, testi ad impingere nel merito del giudizio tecnico riservato al competente organo amministrativo senza la deduzione di profili di erroneità, sviamento o illogicità.
E' sufficiente osservare, quanto al profilo del costo della mano d'opera, che, come puntualmente rilevato nella sentenza appellata, gli ulteriori accertamenti svolti dalla Commissione e in particolare i chiarimenti forniti dall'INPS, hanno consentito di evidenziare quanto segue:
- la legge 3 aprile 2001, n. 142, all'art. 4, e il d. lgs. 6 novembre 2001, n. 423, all'art. 3, hanno stabilito, a decorrere dal 1° gennaio 2007, il superamento, per il calcolo della contribuzione dovuta dai

soci lavoratori di cooperative, delle retribuzioni convenzionali, e la necessità quindi di applicare le retribuzioni effettive, come per i lavoratori non soci;
- l'importante modifica sopra evidenziata è tuttavia priva di effetti nel caso di specie, giacché il RTI aggiudicatario ha già fatto riferimento, anche per i soci, alle retribuzioni effettive;
- il medesimo art. 3 del d. lgs. 423/2001 dispone che i contributi dovuti per i soci lavoratori siano altresì calcolati "nella misura e secondo le modalità" previste per i diversi settori di attività; le aliquote contributive effettivamente applicabili continuano tuttavia, in concreto, ad essere diverse per soci e non soci dal momento che, come chiarito dall'INPS, i soci non sono soggetti all'assicurazione per la disoccupazione e per la cassa integrazione guadagni, con la conseguenza che, pur applicando le medesime aliquote per i singoli eventi assicurati, l'aliquota complessiva effettiva sia diversa;
- il raggruppamento aggiudicatario non ha applicato, come avrebbe potuto, la riduzione contributiva di un punto percentuale prevista dalla legge finanziaria 2006.
In merito all'utile d'impresa soccorre invero il condivisibile orientamento giurisprudenziale a tenore del quale non esiste un quota rigida di utili al di sotto della quale l'offerta debba reputarsi incongrua, assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali.
Nella specie la Commissione ha formulato un ragionevole e motivato giudizio di complessiva affidabilità, stante il ricordato e persuasivo chiarimento fornito dall'aggiudicataria in ordine alle ragioni per cui i ribassi delle singole voci di prezzo sono giustificabili e non incidono negativamente sull'utile d'impresa.
3. L'appello deve in definitiva essere respinto.
Le spese relative al giudizio d'appello seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo specificata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta , respinge l'appello.
Condanna l'appellante al pagamento delle spese relative al giudizio di appello nella misura complessiva di 10.000,00 (diecimila/00) euro da dividere in parti uguali tra le parti appellate costituite. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 01 Luglio 2008 con l'intervento dei Signori

Domenico LA MEDICA	PRESIDENTE
Filoreto D'AGOSTINO	CONSIGLIERE
Marco LIPARI	CONSIGLIERE
Marzio BRANCA	CONSIGLIERE
Francesco CARINGELLA EST.	CONSIGLIERE EST.