

Pubblicato il 11/06/2024

N. 01778/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00123/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 123 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati M. C. C. e M. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato T. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

nei confronti

(...), non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione dell'area sociale n. 547 del 15 dicembre 2023, non comunicata, pubblicata in data 22 dicembre 2023 sul sito istituzionale del Comune di (...), di aggiudicazione ad (...) del servizio "di inserimento lavorativo di persone svantaggiate di cui all'art. 4 della Legge n. 381/1991 nel servizio di pulizia degli stabili comunali (CIG: (...))";

del verbale del RUP prot. n. 13229 del 15 dicembre 2023, non pubblicato e trasmesso ad esito dell'accesso agli atti lo scorso 28 dicembre 2023, di esclusione della ricorrente dalla procedura di aggiudicazione del servizio sopra menzionato;

della determinazione a contrarre n. 501 del 30 novembre 2023;

della lettera di invito alla procedura e del capitolato speciale d'appalto e di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi, ancorché non conosciuti;

con riguardo all'istanza ex art. 116 c.p.a., accertare il diritto d'accesso integrale agli atti chiesti da Aurora con l'istanza presentata in data 18 dicembre 2023 e per l'effetto annullare il parziale silenzio diniego serbato dal Comune di (...);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2024 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 501 del 30.11.2023 il Comune di (...) ha indetto una procedura di affidamento diretto, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023, del servizio di inserimento lavorativo di persone svantaggiate di cui all'art. 4 della Legge n. 381/1991 nel servizio di pulizia degli stabili comunali, per la durata di 24 mesi, con facoltà di proroga per ulteriori sei mesi, per un importo posto a base d'asta di euro 81.760,00 oltre IVA.
2. In attuazione di quanto previsto dalla determinazione n. 501/2023, il Comune di (...) ha interpellato cinque operatori iscritti negli elenchi presenti nella piattaforma di e-procurement regionale Sintel.
3. Hanno trasmesso i propri preventivi la (...) e la (...).
4. Con verbale prot. n. 13229 del 15 dicembre 2023, il responsabile unico del procedimento ha valutato le offerte tecniche ed economiche presentate dai due operatori, ritenendo migliore quella della (...).
5. Quest'ultima offerta è stata tuttavia giudicata non congrua: il RUP ha ritenuto rilevante – per un servizio ad alta intensità di manodopera quale quello oggetto di affidamento - lo scostamento tra il costo orario unitario offerto (pari a 16.34 euro), comprensivo anche degli ulteriori costi per l'espletamento del servizio (come richiesto all'art. 3 del capitolato), rispetto al costo orario del lavoro indicato nelle tabelle ministeriali (pari a 17,51 euro).
6. Con determinazione n. 547 del 15 dicembre 2023, il servizio è stato affidato alla (...).
7. Questi provvedimenti sono impugnati dalla (...), unitamente alla lettera di invito alla procedura e al capitolato speciale d'appalto, per i seguenti motivi:
 - I. violazione e falsa applicazione dell'art. 50, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 54, 108 comma 9 e 110 del D.Lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 69, par. 3 della Direttiva 2014/24/UE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 e seguenti della Legge n. 241/1990. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per irragionevolezza. Sulla verifica di congruità dell'offerta;
 - II. in via subordinata: violazione e falsa applicazione dell'art. 1 e 50, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 36/2023. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per irragionevolezza. Sulla erronea qualificazione della procedura di gara.
8. La ricorrente ha altresì domandato il risarcimento del danno in forma specifica, con subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia, o, in subordine, per equivalente economico.
9. La ricorrente ha inoltre formulato istanza di accertamento ex art. 116 c.p.a. del diritto ad accedere integralmente agli atti di gara, chiesti con l'istanza di accesso presentata in data 18 dicembre 2023.
10. Si è costituito in giudizio il Comune di (...), chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.
11. Con ordinanza n. 603/2024 è stata dichiarata cessata la materia del contendere sull'istanza formulata ai sensi dell'art. 116, c. 2, cod.proc.amm.
12. All'udienza del 29 maggio 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
13. Con il primo motivo viene dedotta la violazione delle norme - gli articoli 54, 108, comma 9 e 110 d.lgs. n. 36/2023 - e dei principi – dell'assenza di vincolatività dei valori di costo del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali e della necessità di instaurare un

contraddittorio con l'operatore economico - che disciplinano il procedimento di verifica della congruità dell'offerta che il Comune si sarebbe vincolato ad applicare.

La ricorrente ha, inoltre, sostenuto che, ove fosse stata interpellata da parte del Comune, avrebbe potuto dimostrare l'attendibilità della propria offerta grazie alla qualità e all'organizzazione del proprio servizio, attestata dalle certificazioni conseguite (ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 e ISO 45001), alle economie di gestione derivanti dalla gestione del servizio oggetto della procedura negli anni 2018 e 2019, alla disponibilità di "condizioni eccezionalmente favorevoli". Avrebbe inoltre giustificato lo scostamento tra il costo orario indicato nell'offerta e quello indicato nelle tabelle ministeriali evidenziando: un numero di ore di assenza (pari a zero) inferiore rispetto alle dodici ore previste nelle tabelle; una incidenza di infortuni, malattie e maternità (pari a circa 29 ore/anno) inferiore rispetto alle 120 ore previste nelle tabelle, un numero di ore di assenza per diritto allo studio (pari a zero) inferiore rispetto alle tre ore previste nelle tabelle; che alcune voci salariali (anzianità, indennità, aliquote Inps e Inail, rivalutazione TFR, etc.) "non trovano riscontro nella realtà aziendale di (...)"; che sarebbero, comunque, rispettati i minimi salariali.

14. Il motivo è infondato.

14.1 Quanto sostenuto nel ricorso circa il fatto che l'amministrazione si sarebbe vincolata al rispetto delle regole che disciplinano il procedimento di verifica dell'anomalia previste dal d.lgs. n. 36/2023 non trova riscontro in alcuna previsione della legge di gara.

La decisione di contrarre, assunta con la determina n. 501 del 30.11.2023, manifesta la volontà dell'amministrazione di addivenire ad un affidamento diretto sotto soglia, previa richiesta di preventivi, la cui "la valutazione complessiva di carattere qualitativo ed economico" è demandata al responsabile unico del procedimento, "senza generare nessun tipo di graduatoria tra gli operatori partecipanti".

La valutazione delle offerte, e dunque anche della relativa congruità, è stata, dunque, rimessa al giudizio del RUP, senza che sia stato regolamentato il procedimento di valutazione dell'anomalia, né operato un rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici. L'amministrazione non ha, dunque, violato alcun vincolo che si era impegnata a rispettare e, in particolare, non era tenuta ad avviare un previo contraddittorio con la ricorrente.

14.2 Nelle procedure di affidamento diretto, il d.lgs. n. 36/2023 prevede che la scelta dell'operatore "anche nel caso di previo interpellato di più operatori economici" è "operata discrezionalmente dalla stazione appaltante" (art. 3, allegato I.1), fermo restando l'obbligo di motivarne le ragioni (art. 17, c. 2).

Essa fugge, pertanto, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti.

La valutazione espressa dal responsabile unico del procedimento con il verbale impugnato non è affetta da tali vizi.

Sono, invero, ragionevoli le motivazioni addotte a fondamento del giudizio di incongruità dell'offerta, legate all'essere il servizio oggetto di affidamento ad alto impatto di manodopera, alla rilevanza dello scostamento dal costo orario previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro indicato nelle tabelle ministeriali ed alla circostanza che il costo orario offerto non comprende solamente il costo del lavoro ma anche gli ulteriori costi necessari per tutte le attività previste dal capitolato e per quelle che l'operatore

propone nel modello organizzativo in sede di offerta (art. 3 del capitolato), e dunque anche i costi delle attrezzature e dei prodotti (che devono essere conformi al regolamento CE 648/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio ed ai criteri ambientali minimi approvati con DM del 29.01.2021), i costi per la predisposizione attuazione e gestione di progetti formativi individuali e per interventi in caso di emergenza.

Quanto dedotto dalla ricorrente non induce a una diversa conclusione: le certificazioni conseguite o la gestione del medesimo servizio negli anni 2018 e 2019 non palesano vizi del giudizio espresso con il provvedimento impugnato; le ulteriori affermazioni, relative alla disponibilità di condizioni di particolare favore e alla insussistenza di un obbligo per (...) di corrispondere alcune voci salariali, non sono state supportate da alcun elemento di prova; infine, nulla viene dedotto con riferimento ai costi delle voci che si sommano al costo del personale impiegato nello svolgimento del servizio.

15. Con il secondo motivo viene sostenuto che, al di là della qualificazione indicata negli atti impugnati, la procedura espletata sarebbe, in realtà, una procedura di gara negoziata di cui all'art. 50, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 36/2023 e non un affidamento diretto ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023, come sarebbe dimostrato: dal fatto che è stato dato avvio ad una procedura di affidamento mediante l'adozione di una determinazione a contrarre e la trasmissione di una lettera invito a cinque operatori; dalla richiesta del possesso di specifici requisiti di ordine speciale, mentre nessuna indicazione sarebbe stata chiesta rispetto al possesso di documentate esperienze pregresse previste dall'art. 50, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023; dalla richiesta di formulazione di una vera e propria offerta, composta da una parte tecnica ed una parte economica, e non di un preventivo; dalla previsione di criteri di valutazione delle offerte, rimessi alla discrezionalità del RUP, sulla base del criterio - per quanto non espressamente richiamato - dell'offerta economicamente più vantaggiosa; dalla previsione di un sopralluogo obbligatorio, "al fine della presentazione dell'offerta".

Da ciò conseguirebbe l'obbligo per l'amministrazione di rispettare le regole che disciplinano le procedure negoziate, ivi comprese quelle afferenti al procedimento di verifica di congruità delle offerte.

16. Anche questo motivo è privo di fondamento.

Con determinazione n. 501 del 30.11.2023, il Comune di (...) ha dichiarato di volere procedere ad un affidamento diretto, ai sensi dell'art. 50, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023, in considerazione del valore dell'appalto, di importo inferiore a 140.000 euro, e di volere individuare l'operatore cui affidare il servizio previo confronto di preventivi chiesti a cinque operatori.

Ha previsto di affidare al RUP la valutazione complessiva di carattere qualitativo ed economico dei preventivi, valutazione che verrà "*descritta in apposito verbale redatto dallo stesso, senza generare nessun tipo di graduatoria tra gli operatori partecipanti?*"; queste medesime affermazioni sono ribadite nella lettera d'invito.

La chiara indicazione della norma applicata, l'importo del servizio oggetto di affidamento, inferiore alla soglia dei 140.000 euro, la previsione di un mero confronto tra preventivi e l'assenza di una commissione giudicatrice nominata per la valutazione delle offerte, per cui l'individuazione del preventivo ritenuto più conveniente per l'amministrazione è effettuata direttamente dal R.U.P., senza le formalità della seduta pubblica e senza l'elaborazione di una graduatoria finale tra le diverse proposte, palesano la volontà

dell'amministrazione di ricorrere ad una modalità di affidamento diretto e non ad una procedura di carattere comparativo (cfr., analogamente, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sent. n. 2968/2023).

Questa conclusione non è contraddetta da quanto dedotto dalla ricorrente.

In particolare, non palesa la volontà di indire una procedura negoziata la decisione dell'amministrazione di interpellare cinque operatori: l'art. 50, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023 consente l'affidamento diretto dei servizi e forniture, di importo inferiore a 140.000 euro, “*anche senza*” consultazione di più operatori economici e l'art. 3, allegato I.1 del codice dei contratti prevede espressamente la facoltà per la stazione appaltante di interpellare più operatori.

Inoltre, come già affermato dalla giurisprudenza in fattispecie analoghe, “la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze” (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Venezia, Sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Basilicata, Sez. I, 11.02.2022 n. 108; TAR Marche, Sez. I, 07.06.2021 n. 468).

Non assumono, pertanto, rilievo la richiesta di un'offerta tecnica e un'offerta economica, da formularsi previa effettuazione di un sopralluogo, l'indicazione di un importo “a base d'asta” e la predeterminazione di criteri di valutazione.

Non trasforma certo l'affidamento diretto in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, c. 2, d.lgs. n. 36/2023 in forza del quale, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre “*individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale*”.

17. Per le ragioni esposte la domanda di annullamento è infondata e deve essere, pertanto, respinta.

18. Sono conseguentemente infondate anche le domande di subentro e di risarcimento dei danni.

19. Le spese – previa parziale compensazione, stante la soccombenza dell'amministrazione comunale sull'istanza formulata ai sensi dell'art. 116, c. 2, cod.proc.amm. – sono poste a carico della ricorrente e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, a favore del Comune di (...), che quantifica, previa parziale compensazione, in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente
Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore
Silvia Torraca, Referendario

L'ESTENSORE
Silvia Cattaneo

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO