

CONSIGLIO DI STATO SENT. 15 GIUGNO 2010, N. 3759

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. La società M., odierna appellante, ha partecipato alla procedura ristretta indetta dal Prefetto di Gorizia ai sensi dell'*art. 27, d.lgs. n. 163/2006* per l'affidamento della gestione del centro di accoglienza dei richiedenti asilo (C.A.R.A.) di Gradisca d'Isonzo, per il periodo 1 aprile 2009 - 31 dicembre 2010, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appalto che è stato aggiudicato al Consorzio C.P., odierno controinteressato, in data 25 marzo 2009, mentre l'odierna appellante risultava seconda classificata.

2. Di qui il ricorso al T.a.r. Friuli - Venezia Giulia avverso l'aggiudicazione e gli atti presupposti con cui si è lamentato, in sintesi, che il consorzio avrebbe dovuto essere escluso:

a) per non aver prodotto in gara la dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'*art. 38, d.lgs. n. 163/2006*, per i consorziati per i quali ha dichiarato di concorrere;

b) perché in sede di giustificazioni della propria offerta, ritenuta dalla Commissione di gara sospetta di anomalia, avrebbe modificato l'offerta;

c) perché l'offerta non garantirebbe il rispetto del CCNL di categoria;

d) perché l'offerta non assicurerebbe la dotazione minima di personale richiesta dall'*art. 5* del capitolato.

3. Il Tar adito ha respinto il ricorso osservando che:

a) il Consorzio sarebbe stato trattato dall'Amministrazione come un consorzio stabile ai sensi dell'*art. 34, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006*, che come tale non doveva indicare i consorziati per cui concorre e non doveva dimostrare i requisiti dell'*art. 38, d.lgs. citato*, anche per i consorziati;

b) le giustificazioni fornite in sede di verifica di anomalia non avrebbero modificato l'offerta iniziale il cui totale è rimasto invariato;

c) sarebbe stato rispettato il CCNL di categoria;

d) l'offerta assicurerebbe la richiesta dotazione minima di personale.

4. Ha proposto appello l'originaria ricorrente.

Con il primo mezzo ripropone il primo motivo del ricorso di primo grado e censura la sentenza che lo ha respinto.

Osserva che la legge di gara consentiva la partecipazione dei soggetti di cui all'*art. 34, d.lgs. n. 163/2006* e chiedeva la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali di cui all'*art. 38*, citato d.lgs.

Sarebbe una regola valevole per tutti i consorzi, che si dimostri il possesso dei requisiti generali per tutti i consorziati per i quali il consorzio concorre.

Inoltre non sarebbe affatto comprovato che il Consorzio aggiudicatario sia un Consorzio stabile, a differenza di quanto sostenuto nella sentenza appellata.

Il Consorzio aveva dichiarato in sede di offerta i consorziati per i quali concorreva, pertanto doveva dichiarare il possesso dei requisiti generali anche in relazione ai consorziati che avrebbero eseguito le prestazioni.

5. Il mezzo è fondato.

5.1. Non è anzitutto rilevante accertare se il consorzio aggiudicatario fosse un consorzio stabile o altro tipo di consorzio. La disciplina quanto alla indicazione in gara dei consorziati per cui il consorzio concorre, e conseguentemente quanto alla indicazione dei requisiti generali per tutti i consorziati per i quali il consorzio concorre, è infatti identica per tutti i consorzi (*art. 36, comma 5, e art. 37, comma 7, d.lgs. n. 163/2006*).

La giurisprudenza ha sempre affermato che quale che sia la natura del consorzio, esso debba dimostrare il possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto (Cons. St., sez. IV, 7 aprile 2008 n. 1485; Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2009 n. 7380).

In termini più generali, tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di subaffidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del c.d. avvalimento, devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'*art. 38, d.lgs. n. 163/2006*.

Il che risponde ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui all'*art. 38, d.lgs. n. 163/2006*.

Occorre, infatti, che tutti gli operatori economici che, a qualunque titolo, eseguono prestazioni di lavori, servizi e forniture abbiano i requisiti morali di cui all'*art. 38* citato.

Se in caso di consorzi tali requisiti andassero accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti. Per gli operatori che non hanno i requisiti dell'*art. 38* (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché

concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da utilizzare come copertura.

5.2. La questione di diritto è, tuttavia, nel presente giudizio, un'altra.

Infatti la disciplina dei consorzi, e dunque l'onere di indicare in gara i consorziati per cui concorrono, e per l'effetto di dichiarare i requisiti generali anche per i consorziati individuati come esecutori delle prestazioni, è dettata dal codice dei contratti pubblici con specifico riferimento agli appalti sottoposti al suo ambito applicativo.

Nel caso di specie si discorre, invece, di un appalto di servizi di cui all'allegato IIB, soggetto ad un limitato numero di regole del codice, tra cui non rientrano quelle sui requisiti di partecipazione.

La succitata disciplina non è pertanto direttamente applicabile.

5.3. Tuttavia, l'*art. 27, d.lgs. n. 163/2006*, dispone che nei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del codice, devono comunque osservarsi i principi di tutela della concorrenza, tra cui vengono qui in rilievo quello di imparzialità, efficacia, par condicio.

La regola su enunciata secondo cui tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali indicati nell'*art. 38*, può essere considerato un principio di tutela della par condicio, dell'imparzialità e efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, quali i servizi dell'allegato IIB.

Nei contratti c.d. esclusi può non essersi il medesimo rigore formale di cui all'*art. 38* citato e gli stessi vincoli procedurali, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio che i soggetti devono avere i requisiti morali, e che il possesso di tali requisiti va verificato.

5.4. Che si tratti di un principio ineludibile trova conferma indiretta proprio nella peculiarità dell'appalto per cui è processo, e nelle conseguenze paradossali cui si perverrebbe se si ritenesse inapplicabile l'*art. 38* citato in relazione ai soggetti consorziati per i quali il consorzio dichiara di concorrere.

L'appalto per cui è processo riguarda la fornitura di servizi di assistenza alla persona sotto forma di gestione di un centro di assistenza per cittadini extracomunitari richiedenti asilo. Analogo servizio è quello di gestione dei centri di permanenza temporanea per i cittadini extracomunitari privi di permesso di soggiorno (centri di identificazione ed espulsione).

Il Ministero dell'Interno, chiamato istituzionalmente a gestire tali centri, dislocati in svariate parti del territorio nazionale, ordinariamente in prossimità delle frontiere nazionali, vi provvede non in via diretta, ma affidando la gestione a soggetti terzi individuati tramite appalti di servizi.

I compiti istituzionalmente propri del Ministero e affidati a terzi mediante appalti, sono di estrema delicatezza in quanto la gestione dei centri, pur comportando formalmente mansioni di pulizia, mensa, assistenza psicologica, linguistica, culturale e normativa, è in immediato contatto con le funzioni di ordine pubblico inerenti la identificazione, vigilanza ed espulsione degli stranieri non in regola.

E' allora evidente che si impone un particolare rigore morale in capo agli operatori economici che gestiscono tali centri, al fine di garantire il rispetto della dignità dei cittadini extracomunitari, di prevenire fenomeni patologici di infiltrazioni criminali all'interno degli stessi, volte a favorire l'immigrazione clandestina o l'impiego dei cittadini extracomunitari in attività illecite.

5.5. Nel caso specifico, inoltre, la legge di gara, e, in particolare, l'avviso pubblico con cui la gara è stata indetta, richiama espressamente il codice dei contratti pubblici quanto all'art. 34, relativo ai soggetti ammessi a partecipare, e all'art. 38, relativo ai requisiti che devono possedere i concorrenti.

Il richiamo operato dal bando all'art. 34 e all'art. 38 del codice deve intendersi comprensivo di tutte le condizioni di partecipazione previste dal codice per i soggetti di cui all'art. 34.

Non è dubitabile che se il consorzio indica in gara i consorziati per cui concorre deve indicare i requisiti generali anche per essi.

La legge di gara richiede una dichiarazione, a pena di esclusione, di non trovarsi in alcuna delle condizioni ostative di cui all'*art. 38, d.lgs. n. 163/2006*.

Ne consegue che il Consorzio C.P., avendo indicato in gara i consorziati che avrebbero eseguito le prestazioni, doveva rendere anche per costoro la dichiarazione di cui al citato art. 38.

La mancata dichiarazione comporta che il Consorzio andava escluso dalla gara, con conseguente annullamento della sua ammissione e della aggiudicazione in suo favore.

5.6. Anche ove si volesse aderire alla tesi del Consorzio controinteressato, secondo cui il bando sarebbe ambiguo, se ne potrebbe al più trarre come conseguenza che il Consorzio non poteva essere senz'altro escluso.

Il che, però, non faceva venir meno la necessità che la stazione appaltante, prima di procedere ad aggiudicazione, doveva chiedere al Consorzio una integrazione documentale, finalizzata alla verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 in capo a tutti i consorziati che prendevano parte all'esecuzione del contratto.

Invero, il richiamo all'*art. 38, d.lgs. n. 163/2006* fatto dall'avviso di gara, rendeva ineludibile che il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 venisse verificato in capo a tutti gli esecutori dell'appalto.

La circostanza che si tratta di un appalto di servizi di cui all'allegato IIB, non soggetto integralmente alla disciplina del codice appalti, può essere valorizzata unicamente nel senso di un minor rigore procedurale in ordine all'onere di dichiarazione e in ordine al momento di verifica dei requisiti, ma non anche nel senso di escludere che tutti gli esecutori del contratto dovessero avere i requisiti morali di cui al citato art. 38.

5.7. Pertanto, data l'assenza di una disciplina codicistica puntuale, e ferma la necessità del rispetto del citato art. 38 per tutti gli esecutori del contratto, alla stazione appaltante si aprivano le seguenti strade alternative:

- a) escludere senz'altro il Consorzio per omessa dichiarazione dell'art. 38 relativamente ai consorziati;
- b) chiedere un'integrazione documentale al Consorzio, al fine di acquisire la dichiarazione dell'art. 38 relativamente ai consorziati;
- c) verificare il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 in capo ai consorziati indicati come esecutori prima dell'aggiudicazione.

Nessuna di tali strade risulta seguita dalla stazione appaltante.

Non risulta che sia stata fatta la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 in capo ai consorziati esecutori.

Non risulta nemmeno che, al di là della omessa verifica, i consorziati esecutori sono comunque in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 citato.

Invero nemmeno nel corso del presente giudizio, né in primo grado né in appello, la stazione appaltante e il Consorzio hanno dedotto e dimostrato che comunque tutti i consorziati esecutori avevano i requisiti di cui all'art. 38.

5.8. Il Collegio si trova, pertanto, di fronte alla situazione di un appalto che viene eseguito da soggetti di cui si ignora se in possesso o meno dei necessari requisiti morali.

6. Con il secondo motivo di appello viene riproposto il secondo motivo del ricorso di primo grado.

6.1. Si assume che in sede di verifica dell'offerta del Consorzio, offerta sospetta di anomalia, la competente commissione ha chiesto di:

- a) chiarire perché è stato indicato il costo per un solo automezzo (pari a 10.500 euro per i 22 mesi di durata dell'appalto), laddove nella proposta migliorativa sono stati indicati altri due automezzi, per i quali il costo risulta omesso;
- b) indicare qual è l'utile di impresa, che non risulta indicato.

Nella risposta il Consorzio ha dichiarato di non aver indicato il costo dei due automezzi ritenendo che formando oggetto di proposta migliorativa senza oneri a carico della p.a., non andasse indicato; lo ha indicato, comunque, in ulteriori 21.000 euro.

Il Consorzio, sempre in sede di giustificazioni, ha specificato che l'utile è assicurato dalle somme indicate per oneri gestionali e imprevisti, e ha corretto in diminuzione il costo di svariate voci di costo, quali quelle per il buono economico, la manutenzione di aree verdi, le apparecchiature elettroniche, i materiali e attrezzature per infermeria, i materiali e attrezzature per pulizie, l'avvocato di ottavo livello.

La ricorrente osserva che così operando il Consorzio avrebbe sostanzialmente modificato l'offerta.

6.2. La tesi è stata disattesa dal Tar in base alla considerazione che l'importo totale dell'offerta è rimasto invariato sicché nessuna modifica ci sarebbe stata.

6.3. Parte appellante si duole invocando l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la verifica di anomalia non consente una allocazione di costi diversa da quella originariamente indicata.

7. La tesi è fondata.

7.1. Vero è che si è in giurisprudenza affermato che, ferma restando la immodificabilità dell'offerta nel suo complessivo importo economico, posto che il subprocedimento di verifica dell'anomalia non è vincolato a formalità, non si può escludere la possibilità che nel corso di tale subprocedimento sia modificata la prospettazione delle giustificazioni relative alle varie componenti del prezzo (Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005 n. 1889)..

Vero è che si è anche affermato che fermo restando il principio che in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme: deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (nella specie, si è riconosciuto che il maggior importo di alcune voci del costo della manodopera rispetto a quello indicato dall'impresa potesse essere compensato dal maggior risparmio conseguito sul prezzo dei contratti di fornitura) (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3146; Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2000 n. 2908).

7.2. Ma da tale giurisprudenza non si evince affatto la soluzione indicata dal Consorzio controinteressato, dall'Amministrazione resistente e dalla sentenza di primo grado, e cioè una generalizzata possibilità di aggiustare, in sede di giustificazioni, le voci di costo cambiandole ad libitum.

Dalla citata giurisprudenza si desume che ciò che si può consentire è:

- a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate;
- b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

La giurisprudenza ha infatti precisato che il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile (Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451)

7.3. Quello che non si può invece consentire è che in sede di giustificazioni vengano apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, con un'operazione di finanza creativa priva di pezze d'appoggio, al solo scopo di "far quadrare i conti" ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo.

E' quanto accaduto nel caso di specie:

- a) la stazione appaltante ha chiesto perché non era indicato il costo di due automezzi (pari a 21.000 euro) e perché non era indicato l'utile di impresa;
- b) il Consorzio ha risposto riducendo altre voci di costo, e aumentando il costo per oneri gestionali e imprevisti, al duplice fine di imputare l'utile alla voce di costo per oneri gestionali e imprevisti, e reperire i 21.000 euro per gli automezzi.

Ma così operando risultano ridotti i costi per ben sei voci (buono economico, manutenzione aree verdi, apparecchiature elettroniche, materiale e attrezzature per infermerie, materiali e attrezzature per pulizie, avvocato ottavo livello), senza che sia chiarito in alcun modo perché per tali voci i costi sarebbero inferiori a quelli inizialmente indicati.

Inoltre al fine della dimostrazione dell'utile di impresa non basta indicare che esso è dato dalla voce per oneri gestionali e imprevisti, perché in tal modo non si indica un utile attuale, ma un utile meramente eventuale, che si produrrà se ed in quanto non vi saranno oneri gestionali e imprevisti da coprire con la relativa voce.

Va poi rimarcato che l'operazione non è consistita solo in un aggiustamento dei costi delle singole voci, fermo restando il costo complessivo, ma è anche in parte consistita in una vera e propria modifica dell'offerta.

Infatti per la voce avvocato di ottavo livello, le 72 ore settimanali inizialmente previste sono state rettifiche in 36 ore settimanali. Non si tratta solo di una riduzione di costo a parità di prestazione, ma di una riduzione della prestazione inizialmente offerta. Va anche considerato che così operando l'offerta è anche scesa al di sotto del minimo richiesto da capitolato. Infatti l'art. 5 del capitolato in combinato con l'allegato B, nell'indicare le dotazioni minime di personale in termini di numero di personale e ore giornaliere e/o settimanali, in relazione alle strutture da 51 a 150 posti (quella oggetto di gara ha 138 posti) per quanto riguarda il personale che fornisce informazione normativa, prevede 54 ore settimanali come prestazione minima. Se dunque la prestazione dell'offerta iniziale, pari a 78 ore, superava il minimo, quella nell'offerta rettificata, pari a 36 ore, è sotto il minimo e comportava per ciò solo l'esclusione dell'offerta.

7.4. In sintesi, in sede di giustificazioni:

- a) sono state ridotte sei voci di costo senza spiegazione alcuna;
- b) non è stato indicato l'utile di impresa attuale né è stata spiegata la convenienza di eseguire l'appalto senza utile di impresa;
- c) per una voce è stata modificata l'offerta portandola al di sotto delle prestazioni minime di capitolato.

A fronte di tali elementi la stazione appaltante non poteva apoditticamente ritenere plausibili le giustificazioni, ma doveva valutare se l'offerta potesse o meno ancora considerarsi attendibile nel suo complesso.

Ne consegue l'accoglimento del secondo motivo di appello.

8. Con il terzo mezzo si ripropone il terzo motivo del ricorso di primo grado.

Si lamentava che nonostante l'avviso di gara onerasse le parti di rispettare i trattamenti salariali previsti dal vigente CCNL, ciò non sarebbe avvenuto da parte del Consorzio aggiudicatario.

Infatti in relazione agli operatori diurni e notturni di primo livello il Consorzio indicava un costo orario pari a euro 15,16, che è il costo risultante dal CCNL vigente per il 2008. Agli operatori era già noto il costo orario previsto nel CCNL che avrebbe operato nel 2009/2010, epoca di esecuzione del contratto, ancorché il CCNL non era ancora pubblicato. Infatti gli altri concorrenti indicavano il costo orario di euro 15,62.

8.1. Il Tar ha disatteso la censura osservando che il Consorzio ha correttamente indicato il costo orario secondo il CCNL vigente alla data di presentazione dell'offerta, e che l'impegno a rispettare il CCNL implicava che in corso di esecuzione del contratto il Consorzio avrebbe rispettato il nuovo CCNL.

8.2. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che l'aumento del costo orario durante il periodo di esecuzione del contratto avrebbe avuto incidenza sui costi dell'impresa e dunque sulla congruità dell'offerta. Di tale aumento di costo del lavoro si poteva e doveva tener conto già in sede di formulazione dell'offerta.

9. La censura è fondata.

9.1. Non è contestato che agli operatori del settore era noto che il costo orario vigente alla data di presentazione dell'offerta (2008) sarebbe aumentato per tutto il periodo di esecuzione del contratto (aprile 2009 - dicembre 2010).

9.2. Non è in discussione che il Consorzio si fosse impegnato a rispettare il CCNL adeguando le retribuzioni da corrispondere all'aumentato costo del lavoro, né si discute del rispetto di tale impegno da parte del Consorzio nel corso di esecuzione del contratto.

9.3. La questione è un'altra, ed è che di tale maggior costo occorreva tener conto nella formulazione dell'offerta.

Infatti nella formulazione dell'offerta, dovendo essere indicati costi realistici e sostenibili, si doveva tener conto finché possibile delle sopravvenienze già note, formulando una offerta con un prezzo più elevato finalizzato a tener conto di tali costi.

Il non aver considerato il maggior costo del lavoro prevedibile per il periodo di esecuzione del contratto, fa porre il dubbio di anomalia di un'offerta eccessivamente bassa perché formulata senza tener conto di voci di costo certe, quale quella in esame.

Va pertanto ritenuto fondato anche il terzo motivo di appello.

10. Con il quarto mezzo si ripropone il quarto motivo del ricorso di primo grado.

Si lamentava che l'offerta del Consorzio doveva essere esclusa perché per quanto riguarda il numero di personale e le ore di lavoro quanto agli operatori diurni e notturni, risulta offerta una quantità di personale e un numero di ore inferiori ai minimi indicati dal capitolato.

10.1. Il Tar ha disatteso la censura affermando che dall'offerta del Consorzio emerge il soddisfacimento dei minimi indicati dal capitolato.

10.2. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che la affermazione del Tar non corrisponde alla obiettività dei dati.

11. Il mezzo è fondato.

Dall'art. 5 del capitolato in combinato con il suo allegato B si evince con chiarezza, e il dato di fatto non è in discussione, che per un centro come quello per cui è processo, destinato ad ospitare 138 persone, la dotazione minima di operatori diurni doveva essere pari a 7 contemporaneamente presenti (3 per 50 ospiti + 1 ogni 20 o frazione superiore a 10), e la dotazione minima di operatori notturni doveva essere pari a 3 contemporaneamente presenti (1 ogni 50 ospiti o frazione superiore a 25).

Inoltre il servizio diurno doveva essere assicurato ogni giorno dalle 8 alle 20 e quello notturno ogni giorno dalle 20 alle 8.

Considerati sette giorni ogni settimana, e dodici ore di servizio diurno, con un minimo di sette operatori contemporaneamente presenti, si ha un totale di 588 ore settimanali di servizio diurno, che è il minimo richiesto dal capitolato.

Quanto al servizio notturno, considerati sette giorni ogni settimana, dodici ore giornaliere di servizio notturno, con un minimo di 3 operatori contemporaneamente presenti, si ha un totale di 252 ore settimanali di servizio notturno, quale minimo di capitolato.

Nell'organizzazione dei turni per il servizio notturno e diurno va considerato che il singolo operatore non lavora dodici ore di seguito, e che pertanto per coprire i turni occorrono più di 7 operatori diurni e più di tre operatori notturni.

Invero, l'offerta del Consorzio, come risulta dal piano annuale dei costi di gestione, sia quello prodotto in gara, sia quello esibito in sede di giustificazioni dell'offerta (rispettivamente allegati 6 e 9 al ricorso di primo grado), indica 14 operatori diurni, ciascuno impegnato per sei ore al giorno per un totale di 36 ore settimanali, e 7 operatori notturni impegnati ciascuno per sei ore giornaliere e per un totale di 36 ore settimanali.

Dai conteggi risulta allora evidente che l'offerta del Consorzio ipotizza un totale settimanale di servizio diurno pari a 504 ore e un totale settimanale di servizio notturno pari a 252 ore.

E' allora evidente che l'offerta, quanto al servizio degli operatori diurni, non rispetta il minimo richiesto dal capitolato.

Si deve aggiungere, come puntualmente dedotto da parte appellante sin dal ricorso di primo grado, che l'offerta base del Consorzio indica 11 operatori diurni per 36 ore settimanali, con un totale di 396 ore; e 5 operatori notturni per 36 ore settimanali per un totale di 180 ore. Solo con la proposta migliorativa sono state aggiunte 3 unità di personale diurno e due unità di personale notturno.

Quindi l'offerta base contrasta con il capitolato.

Con la proposta migliorativa, si rende conforme a capitolato solo l'offerta relativa al personale del servizio notturno, non anche quella del personale del servizio diurno.

Ma la proposta migliorativa ha conseguito un punteggio aggiuntivo, che non meritava perché essa non migliora alcunché, non facendo raggiungere all'offerta nemmeno lo standard minimo indicato dal capitolato.

12. L'appello va per quanto esposto accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione in favore del Consorzio.

Il Collegio è pertanto chiamato a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento in forma specifica e/o per equivalente.

13. Il Collegio ritiene di potersi pronunciare sulla sorte del contratto applicando la disciplina introdotta dal [d.lgs. n. 53/2010](#) che, in difetto di norme transitorie, è di immediata applicazione ai giudizi in corso.

Dispone l'art. 244, [d.lgs. n. 163/2006](#), come novellato dal citato [d.lgs. n. 53/2010](#), che il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva sulla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (la disposizione vale a consolidare la giurisdizione del giudice amministrativo, anche ove in ipotesi si ritenesse che ne fosse privo al momento della introduzione della lite, cfr. Cass., sez. un., 16 aprile 2009 n. 8999, ord.; Cass., sez. un., 19 febbraio 2002 n. 2415).

Dispone l'art. 245ter, [d.lgs. n. 163/2006](#), che fuori dei casi di violazioni gravi (che nella specie non ricorrono), il giudice che annulla l'aggiudicazione, se il tipo di vizio riscontrato non comporta l'obbligo di rinnovo della gara e dunque se vi sono fondati elementi per ritenere che l'appalto sarebbe stato aggiudicato al ricorrente vittorioso, valuta, avuto riguardo a una serie di elementi di fatto, se privare di effetti il contratto, facendovi subentrare il ricorrente, ovvero accordare il risarcimento del danno solo per equivalente.

Occorre in particolare tener conto dello stato di esecuzione del contratto, della possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto, degli interessi di tutte le parti.

13.1. Nel caso di specie, essendo la ricorrente seconda classificata, e non essendo insorte questioni sulla sua ammissione e sulla congruità della sua offerta, essa avrebbe titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo del Consorzio.

Tuttavia si tratta di contratto ad avanzato stato di esecuzione, iniziata ad aprile 2009 e destinata a concludersi a dicembre 2010.

Il subentro nel contratto per residui sette mesi alla data della camera di consiglio odierna (che probabilmente si riducono a cinque se si considerano i tempi tecnici di pubblicazione, notificazione ed esecuzione della presente decisione) non appare conforme all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale a garantire la continuità del servizio in corso.

Pertanto appare corretto mantenere il contratto e accordare il risarcimento solo per equivalente.

13.2. Ricorrono gli elementi costitutivi del danno e, in particolare, la colpa della p.a. che ha violato chiare norme di legge e di bando di gara, e prassi consolidate in sede di verifica di anomalia, il nesso di causalità, la probabilità prossima alla certezza di aggiudicazione in capo alla ricorrente.

Il danno va quantificato nella misura del mancato utile effettivo, atteso dall'appalto in questione, e desumibile dall'offerta presentata in gara dalla odierna appellante. Tale misura va decurtata del 50% in considerazione dell'aliunde perceptum o percipiendum, e incrementata di interessi e rivalutazione monetaria dalla data della pubblicazione della presente sentenza e fino alla data di effettivo pagamento.

Sulla base di tali criteri l'Amministrazione provvederà, entro sessanta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, a proporre alla ricorrente una somma a titolo di risarcimento del danno (*art. 35, d.lgs. n. 80/1998*). Prima di fare la sua definitiva proposta, la stazione appaltante convocherà la ricorrente per verificare in contraddittorio l'offerta presentata in gara e dunque la misura dell'utile effettivo, senza pregiudizio del rispetto del termine di sessanta giorni per la proposta finale. L'Amministrazione provvederà al pagamento entro sessanta giorni dall'accettazione della proposta.

14. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate in euro dodicimila per i due gradi di giudizio, e poste a carico del Consorzio controinteressato e del Ministero dell'Interno nella misura di euro seimila ciascuno, senza vincolo di solidarietà.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe lo accoglie e, per l'effetto:

- a) annulla l'aggiudicazione e mantiene il contratto;
- b) condanna il Ministero dell'Interno al risarcimento del danno per equivalente nella misura da determinarsi a cura del Ministero medesimo con i criteri e i termini indicati in motivazione;
- c) condanna il Ministero dell'Interno e il Consorzio controinteressato al pagamento delle spese di lite per entrambi i gradi di giudizio, in favore dell'appellante, nella misura di euro seimila ciascuno.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Roberto Garofoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere