

Publicato il 23/05/2017

N. 00407/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00091/2017 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 91 del 2017, proposto da:
Sopra il Muro Società Cooperativa Sociale, La Torre Società
Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentate e difese dall'avvocato Catia Bibi, con domicilio presso
T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3 ai sensi di legge;

contro

Azienda Ospedaliera di Perugia, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Lietta Calzoni, con domicilio
eletto presso il suo studio in Perugia, via Bonazzi n. 9;

nei confronti di

Eclis Società Cooperativa Sociale, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara
Bracarda, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, piazza
B. Michelotti n. 1;

per l'annullamento

previa sospensiva

- della deliberazione del Direttore Generale n. 224 del 07.02.2017 concernente l'aggiudicazione a favore di Eclis soc. coop. sociale della procedura di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree verdi dell'Azienda Ospedaliera di Perugia - gara riservata alle cooperative sociali di tipo "B" ai sensi dell'art. 5 della L. 381/1991 - CIG:6799491D7, che ha fatto integralmente propria la proposta di deliberazione della Direzione Acquisti e Appalti n. 111 del 03.02.2017;
- della delibera n. 111 del 03.02.2017 della Direzione Acquisti e Appalti che proponeva l'aggiudicazione della gara CIG: 6799491D77, completa di tutti i verbali di gara del 23.11.2016, verbale di gara n. 2 del 29.11.2016, verbale di gara n. 3 del 01.12.2016, verbale di gara n. 4 del 06.12.2016, verbale di gara n. 5 del 02.02.2017;
- della nota della Direzione Acquisti e Appalti, Prot. gen. 2017/0005944 del 09.02.2017, con cui veniva comunicato ai ricorrenti l'intervenuto provvedimento di aggiudicazione a favore di Eclis coop. sociale della procedura di gara CIG: 6799491D77
- dei verbali di gara del 23.11.2016, verbale di gara n. 2 del 29.11.2016, verbale di gara n. 3 del 01.12.2016, verbale di gara n. 4 del 06.12.2016, ed in particolare del verbale di verifica congruità offerta del 24.01.2017, verbale di gara n. 5 del 02.02.2017;
- di tutti gli atti e provvedimenti connessi, presupposti e consequenziali, anche non noti
- della deliberazione del Direttore Generale n. 224 del 07.02.2017 con l'inibitoria della stipula del contratto con la controinteressata Eclis coop. sociale;

- di ogni altro atto presupposto e/o conseguente e/o comunque connesso a quello impugnato;
nonché per la dichiarazione dell'obbligo per l'Azienda Ospedaliera di procedere all'aggiudicazione della procedura (CIG: 6799491D77) a favore del costituente RTI formato dalle odierne ricorrenti;
nonché in via subordinata, annullare e quindi dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'Azienda Ospedaliera di Perugia ed Eclis coop. sociale, in pendenza di giudizio e comunque dichiarare il diritto delle odierne ricorrenti a subentrare nel contratto eventualmente concluso;
nonché in via gradata, condannare l'Azienda Ospedaliera al risarcimento dei danni patiti dalle odierne ricorrenti in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione del mancato guadagno, oltre al danno curriculare.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Perugia e della Eclis Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2017 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espongono le imprese cooperative ricorrenti di aver partecipato mediante costituendo RTI alla procedura negoziata sotto soglia per l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree verdi

dell'Azienda Ospedaliera di Perugia riservato alle cooperative sociali di tipo B ai sensi dell'art. 5 della L. 381/1991 iscritte all'albo regionale della Regione Umbria, per una durata di 12 mesi e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara ha partecipato oltre al costituendo raggruppamento soltanto la cooperativa Eclis la quale si classificava al primo posto con punti 89 contro gli 87,06 punti assegnati al RTI.

Pur non risultando l'offerta della controinteressata anomala ai sensi dell'art. 97 comma 3, del D.lgs. 50/2016 (non superando i 4/5 del punteggio previsto per la qualità) la Commissione giudicatrice optava ugualmente per l'espletamento della verifica di congruità dei prezzi richiedendo alla Eclis la trasmissione delle giustificazioni.

All'esito del sub procedimento di valutazione dell'anomalia la Commissione confermava la graduatoria e con deliberazione del Direttore Generale n. 244 del 7 febbraio 2017 veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della cooperativa Eclis.

Con il ricorso in epigrafe le cooperative ricorrenti impugnano la suddetta aggiudicazione definitiva unitamente a tutti gli atti del procedimento con particolare riferimento al segmento di valutazione dell'anomalia, deducendo motivi così riassumibili:

I. Violazione o falsa applicazione dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016, eccesso di potere per travisamento, erroneità dei presupposti, irragionevolezza, illogicità manifesta: la Commissione non avrebbe operato alcuna comparazione tra le spiegazioni ed i contenuti dell'offerta tecnica ed i contenuti dell'offerta economica, omettendo di rilevare l'evidente incongruità ed illogicità delle giustificazioni addotte da Eclis si da rilevare la palese anomalia dell'offerta; Eclis nell'atto di giustificazioni avrebbe preso erroneamente in riferimento

il costo del personale del livello “A1” così diminuendo del tutto artificiosamente il costo orario del personale avendo dichiarato nella propria offerta di avvalersi di operatori qualificati (livello B1) e specializzati (livello C1);

II. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 del D.lgs. 50/2016 ; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, irragionevolezza, illogicità manifesta: dall’esame delle spiegazioni fornite dalla controinteressata emergerebbero ulteriori evidenti incongruenze tali da comprovare l’inaffidabilità dell’offerta in riferimento alla rivalutazione del TFR, del calcolo dell’assenteismo, dei costi riferiti ai materiali, attrezzature e prodotti, ai costi della formazione e proposte migliorative;

III. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 e dell’art. 21-octies della L. 241 del 90 per carenza di motivazione: la motivazione “*per relationem*” effettuata dalla Commissione sarebbe viziata in via derivata per effetto della erroneità delle giustificazioni fornite dalla Eclis.

Si è costituita l’Azienda Ospedaliera di Perugia eccependo l’infondatezza del gravame, poiché in sintesi:

- la verifica di congruità è stata espletata per scelta discrezionale della Commissione, ai sensi dell’art. 97 comma 6 ultimo periodo del D.lgs. 50/2016, su segnalazione del RTI ricorrente non risultando l’offerta della cooperativa Eclis anomala ai sensi dell’art. 97 comma 3;
- l’offerta economica non risulterebbe criticata nel suo complesso non deducendo le ricorrenti l’inattendibilità o la non remuneratività del costo del lavoro rispetto ai valori medi delle tabelle ministeriali, senza dunque alcun apprezzamento dell’incidenza di ciascuna delle

denunciate incongruenze sul giudizio di congruità dell'offerta globalmente considerata;

- ai sensi del disposto di cui all'art. 97 comma 5 D.lgs. 50/2016 l'offerta sarebbe anomala soltanto in carenza degli elementi ivi indicati, i quali costituirebbero un vero e proprio "*numerus clausus*";

Si è costituita anche la cooperativa Eclis, eccependo l'infondatezza di tutti i motivi *ex adverso* dedotti, con argomentazioni sostanzialmente analoghe a quelle effettuate dall'Azienda.

Alla camera di consiglio del 4 aprile 2017 parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare, in considerazione dell'imminenza della trattazione nel merito.

All'udienza pubblica del 9 maggio 2017, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. -E'materia del contendere la legittimità della procedura negoziata indetta dall'Azienda Ospedaliera di Perugia ai sensi dell'art. 5 L.381/91, inerente l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree verdi per la durata di 12 mesi, aggiudicata in via definitiva alla controinteressata cooperativa Eclis.

2.1. - Le ricorrenti deducono esclusivamente vizi inerenti il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e in via derivata del conseguente provvedimento di aggiudicazione definitiva, lamentando la mancata esclusione della controinteressata per aver presentato offerta asseritamente anomala, con conseguente lesione del proprio interesse al conseguimento dell'aggiudicazione quale impresa seconda classificata.

3. - Il ricorso è infondato e va respinto, potendosi per ragioni di economia processuale procedere congiuntamente all'esame di tutti i tre connessi motivi dedotti.

3.1. - Come noto, il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospetta di anomalia, per giurisprudenza consolidata, ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, con irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento; esso non ha per oggetto "la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, essendo invero finalizzato ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto, rilevando che l'offerta nel suo complesso appaia "seria" (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 17 novembre 2016, n. 4765; id. sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; id. sez. V, 27 agosto 2014, n. 4368; id. sez. III, 9 luglio 2014, n. 3492; id. sez. IV., 23 luglio 2012, n. 4206; id. sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090; id. sez. VI., 24 agosto 2011, n. 4801; T.A.R. Puglia - Bari sez. I, 8 marzo 2012, n. 506).

Risulta ampiamente diffusa, benché non pacifica, l'opzione giurisprudenziale secondo cui in tema di anomalia delle offerte, sussiste un puntuale ed analitico onere di motivazione "solo nel caso in cui l'Amministrazione esprima un giudizio negativo sulle giustificazioni", mentre non sussiste nel caso di esito positivo della relativa verifica, essendo sufficiente in tal caso motivare il provvedimento "*per relationem*" alle giustificazioni presentate dal concorrente, sempre che esse non siano manifestamente illogiche (Consiglio di Stato sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; T.A.R. Lazio Roma sez. II, 2 gennaio 2017, n. 24; T.A.R. Sicilia - Catania sez. III, 30 maggio 2012, n. 1416; Consiglio di Stato sez. III, 22 dicembre

2014, n. 6349; id. sez. V, 18 aprile 2012, n. 1513; id. sez. V, 20 giugno 2011, n. 3675; id. 13 febbraio 2010, n. 741; id. sez. V, 18 aprile 2012, n. 1513; T.A.R. Puglia - Bari sez. I, 8 marzo 2012, n. 506).

3.2. - Muovendo da tali preliminari considerazioni, ritiene il Collegio che, nel caso in esame, la verifica di congruità dell'offerta sospettata di anomalia effettuata dalla stazione appaltante - al di là di specifiche e singole incongruenze di alcune voci indicate nell'offerta relative soprattutto ai costi diretti e indiretti del personale - sia immune dalle censure dedotte, alla luce delle giustificazioni fornite dall'interessata.

Va anzitutto evidenziato come la verifica di congruità sia stata espletata per scelta discrezionale della Commissione, ai sensi dell'art. 97 comma 6 ultimo periodo del D.lgs. 50/2016, su segnalazione del RTI ricorrente, non risultando l'offerta della cooperativa Eclis anomala ai sensi dell'art. 97 comma 3 per mancato superamento dei 4/5 del punteggio previsto per la qualità.

L'art. 97 comma 5 del D.lgs. 50/2016 prevede che il concorrente possa giustificare un prezzo particolarmente basso allegando elementi in grado di giustificare l'offerta limitando l'adozione della misura dell'esclusione ai soli casi in cui gli elementi forniti a richiesta non siano in grado di giustificare il prezzo formulato ma prevede (come reso palese dall'utilizzo della disgiuntiva "o") ipotesi ulteriori in cui l'offerta è da considerare di per sé "anormalmente bassa" in corrispondenza di una serie tipizzata di fattispecie, una delle quali, specificata alla lettera d), è individuata nello scostamento dei livelli retributivi dai minimi salariali previsti dalle tabelle di riferimento di cui all'art. 23, comma 16, della medesima fonte normativa (T.A.R. Emilia Romagna Parma, 30 dicembre 2016, n. 387; in senso analogo T.A.R. Marche 23 gennaio 2017, n. 66).

La suindicata norma al fine del riscontro dell'anomalia prevede dunque elementi oggettivi la cui elencazione è da ritenersi tendenzialmente tassativa, come poi confermato dalla stessa A.N.A.C. (deliberazione 26 ottobre 2016, n. 1092).

3.3. - Ciò premesso, le ricorrenti non danno anzitutto dimostrazione della sussistenza dei suindicati tassativi elementi a supporto della denunciata anomalia, non risultando in particolare il costo del personale inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 13 comma 16, né la violazione degli obblighi in materia di oneri di sicurezza aziendali, circostanza di per sé idonea a ritenere infondata la pretesa azionata. E' vero che parte ricorrente lamenta lo scostamento tra offerta tecnica ed economica del livello professionale del personale da utilizzare nell'appalto, ma quel che rileva è unicamente il rispetto del costo complessivo del personale, che in assenza di contestazioni specifiche risulta rispettato. Al riguardo può pienamente condividersi l'assunto della controinteressata secondo cui quanto indicato in sede di offerta tecnica ovvero l'utilizzo del termine "addetto qualificato" non possa essere inteso con riferimento tecnico-giuridico ai livelli contrattuali previsti nelle declaratorie del CCNL di categoria. La tesi delle ricorrenti poi mostra di non tener in debito conto che la prevista clausola sociale in sede di *lex specialis* non imponga all'appaltatore subentrante di utilizzare il personale dipendente dell'impresa uscente nella gestione del medesimo appalto, potendo esso essere destinato ad altri ambiti lavorativi e con orari diversi (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. VI, 27 gennaio 2014, n. 5890) ponderandosi le esigenze di tutela del lavoro con quelle di libertà economica.

Anche poi volendo seguire la tesi delle ricorrenti e ipotizzare l'inquadramento del personale nel livello B1 del CCNL di riferimento, vi sarebbe un incremento complessivo del costo orario di soli 0,34 euro/ora rispetto al costo indicato da Eclis, suscettibile verosimilmente di essere coperto mediante le voci "costi per imprevisti" e "utile" senza comunque mai azzerare l'utile d'impresa dichiarato.

3.4. - In secondo luogo - come ampiamente eccepito dalle controparti - va evidenziato come le ricorrenti non forniscono la necessaria prova di resistenza ovvero la dimostrazione dell'inaffidabilità dell'offerta della cooperativa Eclis nel suo complesso, ovvero la non remuneratività per azzeramento dell'utile.

Le censure delle ricorrenti si traducono dunque in valutazioni di parte volte a sostituire in modo del tutto assertivo e opinabile le determinazioni (invero altrettanto opinabili) assunte dalla Commissione, senza la dimostrazione della possibilità del conseguimento del risultato utile ovvero della non attendibilità dell'offerta nel suo complesso.

3.5. - Considerazioni analoghe possono svolgersi anche per le altri "voci" asseritamente inattendibili, pur tenendosi sempre presente che nelle gare pubbliche il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta espresso dalla stazione appaltante costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta, potendo quindi il giudice amministrativo sindacare tali valutazioni sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, "ma senza procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci,

posto che ciò costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione" (*explurimis* Consiglio di Stato sez. V, 22 gennaio 2015, n. 246). E' sufficiente al riguardo comunque evidenziare come quanto alla rivalutazione del TFR la scelta operata da Eclis sia rispettosa del dato normativo di riferimento, così quanto alla voce "assenteismo" del tutto corretto utilizzare i dati statistici aziendali e non già quelli di altri operatori.

4. - Conclusivamente, non può dirsi che l'offerta della controinteressata sia nel complesso inattendibile, atteso che dalle valutazioni effettuate dalla Cooperativa Eclis e vagliate dall'Amministrazione, non può invero verosimilmente escludersi la sussistenza di un margine pur esiguo di utile, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, in termini di ricadute positive quali la qualificazione ed il fatturato per le successive gare d'appalto (Consiglio di Stato sez. IV., 23 luglio 2012, n. 4206; id. sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073) specie nell'attuale contesto di recessione economica (T.A.R. Trentino Alto Adige 24 ottobre 2013, n. 299).

5. - Ritiene pertanto il Collegio che il giudizio di anomalia effettuato non presenti profili di illogicità, irragionevolezza o travisamento sindacabili da questo giudice (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; Consiglio di Stato sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206; T.A.R. Puglia - Bari sez. I, 8 marzo 2012, n. 506) con conseguente infondatezza di tutti i motivi di gravame.

Le spese seguono la soccombenza, in misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le ricorrenti, in solido, alla refusione delle spese di lite in favore dell'Azienda Ospedaliera di Perugia e della cooperativa Eclis, in misura di 1.000,00 (mille/00) euro ciascuna, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO