

Publicato il 10/11/2017

N. 02126/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00300/2017 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 300 del 2017, proposto da:

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Borgia, Michele Dell'Arte e Carmela Marino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sebastiano Dell'Arte in Milano, via Vincenzo Monti, 8;

contro

ASST Lariana - Azienda Socio Sanitaria Territoriale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Bassano Baroni e Luca De Censi, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Vincenzo Monti, 56;

nei confronti di

GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti e Luca De Pauli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Ponti in Milano, via Fatebenefratelli, 20;

per l'annullamento

della determina n. 3 del 03.01.2017, di aggiudicazione definitiva del servizio antincendio per l'eliperficie del presidio ospedaliero di San Fermo della Battaglia, periodo 01/02/2017-30/04/2018 e contestuale esclusione di Elisicilia s.r.l., già aggiudicataria provvisoria, nonché della nota prot. n.368 del 03.01.2017 con cui è stata comunicata, nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale ivi compreso, ove occorra, il capitolato tecnico parte B, e i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante il 14/09/2016 e il 27/09/2016, nella parte in cui viene ribadito alle ditte partecipanti di applicare agli operatori preposti per il servizio il CCNL A.N.I.S.A.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASST Lariana - Azienda Socio Sanitaria Territoriale e di GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale – ASST “Lariana” (di seguito, anche solo “ASST” oppure “Azienda”), indiceva ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. 50/2016, un gara d'appalto per il servizio di sorveglianza antincendio per l'eliperficie del Presidio Ospedaliero “Ospedale Sant'Anna” di San Fermo della Battaglia (CO).

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 50 punti per la qualità ed un massimo di 50 per il prezzo.

La società Elisicilia Srl risultava aggiudicataria provvisoria ed alla stessa erano chieste dalla stazione appaltante giustificazioni a comprova della congruità dell'offerta.

Tali giustificazioni erano valutate negativamente, sicché Elisicilia era esclusa dalla procedura di gara, che era così aggiudicata definitivamente alla società Gruppo Servizi Associati – GSA Spa.

Contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva e di contestuale esclusione, era proposto il presente ricorso, con domanda di sospensiva.

Si costituivano in giudizio l’Azienda e GSA, concludendo per l’inammissibilità e in ogni caso per l’infondatezza nel merito del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 9.3.2017, l’istanza cautelare era respinta con ordinanza della Sezione IV del TAR Lombardia n. 371/2017, per insussistenza del *fumus* del ricorso.

L’ordinanza cautelare di prime cure era appellata: la domanda di tutela cautelare monocratica era respinta con decreto del Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato del 20.3.2017; in seguito la stessa Sezione III rigettava l’appello cautelare con ordinanza n. 1345 del 31.3.2017, sempre reputando il gravame privo di fondatezza.

Alla successiva pubblica udienza del 26.10.2017 davanti al TAR Lombardia, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il provvedimento impugnato (cfr. il doc. 1 della ricorrente), giustifica l’esclusione della società esponente – risultata aggiudicataria provvisoria dopo le operazioni di gara – con la circostanza che l’offerta della medesima è stata redatta tenendo conto del contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) denominato “SAFI” (cfr. sul punto i chiarimenti della ricorrente, doc. 10 di quest’ultima), nonostante la *lex specialis* di gara (in particolare, il capitolato tecnico – parte B, art. 5, doc. 3 della ricorrente), imponesse a pena di inammissibilità il rispetto delle previsioni di un diverso CCNL, vale a dire quello della “Sorveglianza Antincendio” del 3.11.2009, denominato “ANISA”.

Secondo l’esponente, invece, la legge di gara non avrebbe imposto, a pena di inammissibilità, il rispetto di un particolare CCNL.

1.1 La tesi di parte ricorrente è infondata.

L'art. 5 del capitolato tecnico (cfr. ancora il doc. 3 della ricorrente), appare assolutamente inequivoco nel riferimento al CCNL ANISA del 3.11.2009, sancendo espressamente la "inammissibilità" di costi del lavoro inferiori a quelli stabiliti dal succitato contratto collettivo, con ciò stesso sanzionando con l'inammissibilità le offerte redatte dando applicazione a differenti CCNL, recanti un costo medio del lavoro inferiore a quello richiamato invece dalla legge di gara.

Tale interpretazione, peraltro conforme alla lettera del capitolato, era ribadita dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti di gara; in particolare nel chiarimento del 14.9.2016, alla risposta n. 6, era scritto che per gli operatori svolgente il servizio oggetto di gara, "...è richiesta l'applicazione del CCNL A.N.I.S.A. (sorveglianza antincendio) attualmente in essere" (cfr. il doc. 5 della ricorrente).

Parimenti, nel chiarimento del 27.9.2016, alla risposta n. 1, era ribadita la necessità di applicare il CCNL ANISA, con indicazione altresì dei relativi costi orari (cfr. il doc. 6 della ricorrente).

Nonostante tale chiara disposizione della legge di gara, la società istante presentava un'offerta difforme da quanto richiesto, con applicazione di un diverso CCNL.

A questo punto, l'esclusione era disposta dall'amministrazione in doverosa applicazione della medesima disciplina di gara, senza alcun margine di discrezionalità, considerato il noto orientamento che impone alle stazioni appaltanti il rigoroso rispetto della *lex specialis*, a garanzia della parità di trattamento di tutti gli operatori partecipanti.

La società esponente avrebbe quindi dovuto, a fronte di una clausola immediatamente escludente, gravare ritualmente e tempestivamente la legge di gara: in difetto di tale impugnazione, l'attuale ricorso è inammissibile (cfr. sul punto la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 431/2017, fra l'altro

citata nell'ordinanza cautelare d'appello n. 1345/2017 e relativa ad una fattispecie analoga a quella attuale).

Preme ancora sul punto evidenziare che gli atti della presente procedura erano pubblicati il 26.7.2016 e che l'ultimo chiarimento sull'applicazione del CCNL è del 27.9.2016; il presente gravame è stato presentato alla notifica nell'anno 2017, per cui l'impugnazione della legge di gara, svolta in via subordinata nel ricorso, appare in ogni caso irrimediabilmente tardiva.

1.2 Fermo restando quanto sopra esposto, appaiono in ogni modo manifestamente infondate anche le asserzioni del ricorso introduttivo, secondo cui il CCNL SAFI sarebbe compatibile con l'appalto di cui è causa e garantirebbe di conseguenza i servizi chiesti dall'amministrazione appaltante.

In realtà, il CCNL da ultimo indicato (cfr. per il medesimo il doc. 8 della ricorrente), fra l'altro sottoscritto da un solo sindacato (UIL Turismo, Commercio e Servizi), non ha nulla a che vedere con l'attività di controllo antincendio, facendo invece riferimento a generici servizi di vigilanza e custodia, privi però di quei caratteri specifici e peculiari che sono propri di un'attività estremamente delicata come quella di antincendio in un eliporto, che è - fra l'altro - collocato sul tetto di una struttura ospedaliera, come quello di cui è causa.

Il servizio di cui all'attuale appalto è ben indicato negli articoli 2 e 3 del capitolato tecnico – parte B), (cfr. ancora il doc. 3 della ricorrente), e non si tratta di una generica vigilanza o di un mero controllo di edifici, essendo invece necessario il rispetto di peculiari norme tecniche di sicurezza previste dal Ministero dell'Interno, il che implica una particolare formazione e preparazione del personale, che deve avere svolto particolari corsi di abilitazione, da accertarsi da parte del competente Comando provinciale dei Vigli del Fuoco.

Orbene, l'unico contratto collettivo espressamente riferito al personale antincendio delle aree aeroportuali o eliportuali è quello richiesto esplicitamente dalla stazione appaltante (contratto collettivo ANISA, cfr. per

il testo del citato contratto, il doc. 4 della resistente), mentre quello SAFI non si riferisce a tale delicato servizio ed ha consentito esclusivamente alla ricorrente di indicare nella propria offerta economica un più basso costo del lavoro.

1.3 Con riguardo, da ultimo, alla questione del contratto collettivo da applicarsi nei pubblici appalti, preme evidenziare come il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con D.Lgs. 50/2016, all'art. 105, comma 9, impone all'affidatario di osservare integralmente il trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi in vigore "per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni", per cui non pare possibile che l'appaltatore possa invocare a proprio piacimento l'applicazione di qualsivoglia contratto collettivo, anche se totalmente avulso del settore oggetto del contratto.

Si conferma, in definitiva, l'inammissibilità del presente gravame.

2. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite, che liquida in:

- euro 8.000,00 (ottomila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) a favore dell'ASST Lariana;
- euro 8.000,00 (ottomila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) a favore di GSA – Gruppo Servizi Associati Spa.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO