

N. 00017/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00323/2010 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 323 del 2010, proposto da:

Consorzio Stabile Miles Servizi Integrati, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Massimo Marcucci e Simone Abrate, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Marcucci in Perugia, via Bartolo n. 10;

contro

Azienda Ospedaliera di Perugia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Lietta Calzoni, presso la quale è elettivamente domiciliata in Perugia, via Bonazzi, 9;

nei confronti di

Servizi Associati Soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Rampini e Mariagiovanna Belardinelli, presso il primo dei quali è

elettivamente domiciliata in Perugia, piazza Piccinino n. 9;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 796 del 16 giugno 2010 di aggiudicazione definitiva alla ditta Servizi Associati Soc. coop. a r.l. della procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e servizi integrati “, comunicata con nota prot. n. 1181011182/GR del 18 giugno 2010;
- del verbale di gara n. 6 del 29 aprile 2010, nella parte in cui ha aggiudicato provvisoriamente la gara alla Servizi Associati Soc. coop. a r.l., ritenendo ammissibile e congrua, senza escluderla dalla gara, l'offerta anomala dalla stessa presentata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Perugia e della Servizi Associati Soc. Coop. a r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Servizi Associati Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2010 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio ricorrente ha impugnato la deliberazione direttoriale n. 796 del 16 giugno 2010 con cui l'Azienda Ospedaliera di Perugia ha aggiudicato in via definitiva alla Servizi Associati S.c. a r.l. la "procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e servizi integrati".

Premette di avere partecipato alla gara per l'affidamento dell'appalto (la cui durata è fissata in quarantotto mesi, suscettibili di conferma per ulteriori dodici, per un importo complessivo stimato tra euro 23.000.000,00 ed euro 24.000.000,00), e di essere risultata seconda graduata, come si evince dal verbale della seduta pubblica del 29 aprile 2010.

La Commissione di gara provvedeva poi alla verifica dell'anomalia dell'offerta della prima graduata, mediante l'esame delle giustificazioni contenute nella busta "D".

Espone di avere inviato, senza successo, all'Azienda Ospedaliera l'informativa di cui all'art. 243-bis del d.lgs. n. 163 del 2006.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

- 1) Violazione della lettera di invito e del modello "C" di offerta economica (pag. 4) per la mancata allegazione all'offerta economica della specificazione dei costi della sicurezza; violazione degli artt. 74 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del principio di completezza delle offerte; violazione dei principi della *par condicio* e concorrenza; eccesso di potere per sviamento, illogicità ed ingiustizia manifesta.

L'offerta della controinteressata Servizi Associati è incompleta, ed avrebbe pertanto dovuto essere esclusa dalla gara; non è stata infatti allegata all'offerta economica la specificazione dei costi relativi alla sicurezza, prescritta dallo schema di offerta economica. L'offerta in questione indica euro 31.127,13 come "costi per la sicurezza", ma non specifica la composizione analitica di tale voce; al contrario, la lettera di invito, a pag. 6, richiede che l'offerta sia redatta secondo lo schema ad essa allegato; inoltre, sempre a pag. 6, la lettera di invito specifica che devono essere indicate le singole voci con i relativi costi unitari.

Tale prescrizione è strettamente aderente alla norma dell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

2) Violazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 87, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del C.C.N.L. multiservizi del 19 dicembre 2007; violazione dell'art. 12.2 del capitolato speciale di gara; violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza; eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, illogicità ed ingiustizia manifesta.

L'offerta della Servizi Associati è peraltro anche manifestamente incongrua; ciò non è stato rilevato dalla Stazione appaltante, solo perché la Commissione, in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia, si è limitata a recepire acriticamente i giustificativi.

L'offerta non rispetta anzitutto i trattamenti salariali minimi inderogabili, prevedendo l'assunzione di 18 operai di primo livello

per un costo annuo di euro 346.327,44. A bene considerare, però, il C.C.N.L. per le imprese multiservizi del 19 dicembre 2007 assegna alle figure di primo livello attività (guardiano o manovale) del tutto estranee all'oggetto dell'appalto, ed in particolare all'attività di pulizia e sanificazione. Questi operai "manovali" non possono svolgere, in base al C.C.N.L. di riferimento, nessuna delle attività previste nelle "schede metodologiche" di cui a pag. 27 dell'offerta tecnica; del resto, è norma negli appalti di pulizia e sanificazione in ambiente ospedaliero utilizzare operai di secondo o terzo livello.

L'unico possibile impiego nell'appalto in questione di operai di primo livello è correlato all'utilizzo di lavoratori di secondo livello di prima assunzione per i primi nove mesi di svolgimento di effettivo servizio.

Non essendo, in sintesi, possibile impegnare operai manovali di primo livello, i diciotto addetti indicati dalla controinteressata devono intendersi come operai di prima assunzione, che tuttavia manterranno tale qualifica soltanto per i primi nove mesi di servizio; il problema è che per il periodo successivo non è contemplata dall'offerta alcuna maggiorazione di prezzo, con conseguente mancato rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili, ed effetto di distorsione della concorrenza.

Anche sotto tale profilo l'offerta della Servizi Associati andava dunque esclusa dalla gara.

3) Violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione degli artt. 87,

88 e 89 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza; eccesso di potere per sviamento, illogicità ed irragionevolezza.

L'offerta della Servizi Associati non contiene condizioni economiche in grado di coprire i costi indicati nel progetto tecnico, e dunque ad assicurare livelli qualitativi del servizio adeguati.

Per quanto concerne i macchinari, la controinteressata ha offerto un importo annuo di euro 14.800 circa, assolutamente insufficiente ad acquistarli; alcuni dei macchinari indicati, poi, non sono acquistabili, perché fuori produzione, o sospesi dalla produzione, in quanto eccessivamente rumorosi.

Più nel dettaglio, il costo dei macchinari indicati nell'offerta, ed esclusi quelli fuori produzione o la cui produzione è stata esclusa per eccessiva rumorosità, ammonta ad euro 129.691,00, corrispondenti ad euro 32.422,75 annui, a fronte di un importo complessivo indicato in offerta di euro 59.540,00, ed annuo di euro 14.885,00.

Analogo discorso vale per il prezzo annuale concernente i prodotti ed il materiale di consumo, quantificato in euro 29.771,57, corrispondente ad euro 81,56 al giorno.

Sorprendono altresì l'irrisorietà dell'utile di impresa pari all'incirca all'1 per mille del valore dell'appalto ed il costo delle spese generali (euro 9.923,86 all'anno, che diventano euro 826,99 al mese).

Per quanto concerne i costi per la sicurezza, come già detto, l'aggiudicataria ha indicato il costo complessivo annuale (euro

31.127,13), senza chiarirne analiticamente il contenuto.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Ospedaliera di Perugia e la controinteressata Servizi Associati S.c.a r. l. controdeducendo alle censure e chiedendo la reiezione del ricorso; la controinteressata ha altresì esperito ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara del ricorrente principale allegando i seguenti motivi :

4) Violazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 8 della legge n. 123 del 2007 e del d.lgs. n. 81 del 2008; violazione del bando, del disciplinare di gara e del capitolato generale di gara; violazione dei principi in materia di subprocedimento di verifica dell'anomalia; violazione del d.m. 17 marzo 2008; violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; violazione dei principi costituzionali fondamentali in materia di salute tutelati dall'art. 32 della Costituzione e dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere sotto i distinti profili della carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.

L'art. 86, comma 3 ter, del codice dei contratti pubblici stabilisce che il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta. Ne consegue che non solo non è suscettibile di ribasso il costo della sicurezza indicato nel bando per interferenze (cioè per contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore), stimato dalla Stazione appaltante in euro 47.000,00, ma non è suscettibile di ribasso neppure il valore minimo aziendale

annuo per addetto, indicato nelle tabelle sul costo del lavoro allegate al d.m. 17 marzo 2008, costituendo quest'ultimo un parametro minimo vincolante per la Stazione appaltante (il costo annuo minimo aziendale per la sicurezza per ogni singolo addetto è quantificato in euro 150,00).

Nel caso di specie il Consorzio Miles ha indicato, quanto alla voce relativa ai costi della sicurezza, importi inferiori rispetto al costo annuo minimo aziendale per la sicurezza per ogni singolo addetto, indicato nella tabella allegata al d.m. 17 marzo 2008, ed in particolare euro 61.072,92. Tale importo, come si evince dall'allegata "specificazione dei costi relativi alla sicurezza", è infatti comprensivo dei costi per le interferenze indicati tassativamente dalla Stazione appaltante in euro 47.000,00.

Ne consegue che, detraendo dagli oneri per la sicurezza dichiarati (euro 61.072,92) il costo della sicurezza per interferenze (euro 47.000,00), gli oneri per la sicurezza propri del Consorzio Miles si riducono a soli euro 14.072,92, ben al di sotto dei limiti prescritti, e quindi in violazione delle tassative disposizioni di cui al d.m. 17 marzo 2008.

5) Violazione degli artt. 35, 36 e 41 del d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000; violazione del bando, del disciplinare e del capitolato generale di gara; violazione dei principi in materia di sub-procedimento di verifica dell'anomalia; violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per carenza

dei presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.

Il punto III.2.2 del bando di gara, in tema di capacità economica e finanziaria, prescriveva la presentazione, da parte della ditta partecipante, di due dichiarazioni, redatte ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000 : a) quella relativa al fatturato medio dell'impresa nel triennio 2004/2006 in servizi analoghi; b) quella concernente il capitale netto posseduto al 31 dicembre 2006.

I consorzi stabili, ai fini delle gare per servizi e forniture, devono avere autonoma capacità finanziaria, e non possono avvalersi dei requisiti delle imprese consorziate.

Nel caso di specie il Consorzio Miles, con riferimento al punto *sub* b), ha dichiarato che, al 31 dicembre 2006, il proprio patrimonio netto era pari ad euro 2.058.174,00, ed il patrimonio netto delle consorziate esecutrici del servizio era di euro 2.201.819,00 per I.M.T. S.p.a., e di euro 391.139,00 per la Superfulgida S.r.l.

Appare dunque chiaro che il Consorzio Stabile Miles, come tale, non possedeva i requisiti economico-finanziari prescritti dal bando, non potendo avvalersi del requisito economico-finanziario delle consorziate.

Sono inoltre irrilevanti le due attestazioni bancarie per affidamenti pari ad euro 7.157.200,00 prodotte dal Consorzio ricorrente principale, in quanto rilasciate nel mese di dicembre 2007, e dunque

riferite a tale data, e non già al 31 dicembre 2006, come prescritto dal bando.

All'udienza del 15 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Esigenze di ordine sistematico impongono di esaminare preliminarmente il ricorso incidentale “escludente”, volto cioè ad ottenere l'esclusione dalla gara del ricorrente principale Consorzio Stabile Miles.

E' pur vero, infatti, che la giurisprudenza, quanto meno a fare tempo dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 10 novembre 2008, n. 11, ha affermato, ispirandosi ai principi di economia di giudizio e di logicità, che, a seconda dei casi, il giudice amministrativo, nella trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, può discrezionalmente scegliere di esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite, salva la peculiarità della vicenda in cui abbiano partecipato alla gara due soli concorrenti, ciascuno dei quali abbia impugnato l'atto di ammissione alla gara dell'altro (in termini, tra le tante, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 26 novembre 2008, n. 1689; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3076).

Ma nel caso di specie il contenuto, almeno in parte speculare, delle censure escludenti incrociate dedotte con il rimedio principale e con quello incidentale impone di individuare un criterio più rigoroso di

quello basato su mere ragioni di economia di giudizio, e rimesso al prudente apprezzamento del giudice adito.

Si tratta, in altri termini, di riflettere sulla natura del ricorso incidentale proposto, che si caratterizza come rimedio “interdittivo” o “preclusivo”, tale per cui il suo accoglimento, evidenziando il carattere anomalo dell’offerta del Consorzio, ovvero il difetto dei requisiti minimi di capacità economica-finanziaria del medesimo, priverebbe, in prima approssimazione, di interesse il ricorrente principale.

Più precisamente, il ricorso incidentale proposto dalla Servizi Associati S.c. a r.l. avverso l’ammissione alla gara del Consorzio Stabile Miles opera alla stregua di un’eccezione processuale, dato che il suo accoglimento finirebbe per refluire sul ricorso principale, implicando, in via consequenziale, l’accertamento del difetto di legittimazione del ricorrente principale.

L’accertamento della legittimazione ad agire del ricorrente principale, configurandosi come questione pregiudiziale, concernente la sussistenza delle condizioni dell’azione, precede necessariamente la verifica della fondatezza dei motivi dallo stesso dedotti, ed impone, ad avviso del Collegio, l’*ordo quaestionum* da trattare, in conformità di quanto disposto dall’art. 276, comma 2, del c.p.c., cui fa espresso rinvio l’art. 76, comma 4, del cod. proc. amm.

2. - Principiando dunque dal primo motivo del ricorso incidentale, viene censurata l’ammissione alla gara del Consorzio Miles,

nell'assunto che l'offerta dallo stesso presentata, con riferimento al costo relativo alla sicurezza, come si evince dalla inerente specifica, abbia indicato importi inferiori al costo annuo minimo aziendale, predefinito dal d.m. 17 marzo 2008 nell'importo di euro 150,00 per lavoratore, in tale modo violando la norma di cui all'art. 86, comma 3 ter, del codice dei contratti pubblici, a tenore della quale il costo relativo alla sicurezza non può comunque essere soggetto a ribasso d'asta.

Più in particolare, deduce la ricorrente incidentale che il Consorzio Miles ha indicato, quale costo relativo alla sicurezza, l'importo di euro 61.072,92; detraendo dallo stesso euro 47.000,00, stabilito dalla Stazione appaltante quale costo della sicurezza per interferenze, residua la somma di euro 14.072,92, che, parametrato al numero delle ore lavorative dichiarate nel progetto tecnico, risulta ampiamente inferiore rispetto al costo annuo minimo aziendale per ogni singolo addetto di cui al citato d.m. 17 marzo 2008; ciò evidenzia l'incongruità dell'offerta, che doveva pertanto essere esclusa dalla gara.

La censura appare meritevole di positiva valutazione, e deve dunque essere accolta.

L'assunto del Consorzio Miles è che gli oneri della sicurezza vanno distinti tra oneri non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (quantificati dalla Stazione appaltante nel DUVRI), ed oneri inclusi nell'offerta, ed aperti quindi al confronto

concorrenziale. I primi non andavano indicati nel modulo dell'offerta, con la conseguenza che l'importo di euro 61.072,92 non li comprende, così da superare ampiamente l'importo annuo minimo aziendale previsto dal d.m. 17 marzo 2008.

L'argomento, già di per sé problematico in relazione al tenore delle disposizioni dell'art. 86, comma 3 bis, ed 87, comma 4, che impongono la specifica indicazione dei (e, dunque, di tutti i) costi relativi alla sicurezza, appare comunque nella vicenda in esame sfornito di supporto documentale.

Ed infatti l'allegato "specificazione dei costi relativi alla sicurezza" del Consorzio dichiara apertamente di avere ad oggetto la "quantificazione [degli] oneri annuali per la sicurezza comprensivo dei costi per interferenze"; detto allegato non consente di evincere che quelle indicate siano "voci" costituenti implementazioni o miglioramenti ulteriori della sicurezza, differenti da quelle indicate nel DUVRI, e pertanto sottratte al divieto di ribasso, salva la dimostrazione della congruità in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

La stessa allegazione difensiva del Consorzio Miles, secondo cui, non avendo l'Azienda Ospedaliera predisposto il DUVRI, ed indicato in euro 47.000,00 i costi da interferenza non soggetti a ribasso solo in occasione di una richiesta di chiarimento, questi non potevano essere indicati nella documentazione di gara, ed in particolare nell'offerta economica, prova troppo, in quanto è idonea, a tutto concedere, a

dimostrare l'impossibilità di formulare con piena cognizione di causa l'offerta, ma non anche ad escludere che l'importo relativo alla sicurezza sia stato comunque incluso nell'offerta stessa.

Discende da quanto esposto che i costi relativi alla sicurezza indicati dal Consorzio Stabile Miles risultano incongrui rispetto al costo annuo minimo aziendale della sicurezza quantificato nel d.m. del 17 marzo 2008, in violazione della norma che ne preclude il ribasso.

L'inosservanza, da parte dell'offerta del Consorzio Miles, della prescrizione legale in ordine all'inderogabilità dei costi della sicurezza implica la sanzione dell'esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tale senso da parte della *lex specialis*, trattandosi di disposizione idonea ad eterointegrare le regole procedurali.

Ed infatti, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, la violazione della norma primaria che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente importante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, ed impedisce alla Stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa (in termini Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849).

D'altro canto, una differente interpretazione del descritto quadro legislativo, che, ad esempio, consenta la specificazione a posteriori dei costi della sicurezza, si risolverebbe in una non consentita *interpretatio abrogans* delle norme che contengono una disciplina

rigorosa sui costi della sicurezza, proprio in considerazione della delicatezza dei valori implicati.

3. - La fondatezza dell'esaminata censura impone l'accoglimento del ricorso incidentale, potendosi dunque prescindere dalla disamina del secondo motivo, che può dunque essere dichiarato assorbito.

4. - L'accoglimento del ricorso incidentale, nei termini precedentemente esposti, comporta l'improcedibilità od inammissibilità del ricorso principale, ponendo in evidenza l'insussistenza di una condizione dell'azione in capo al Consorzio Stabile Miles Servizi Integrati, che doveva essere escluso dalla gara.

Sussistono giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio, anche in considerazione di taluni profili di indubbia problematicità presenti anche nell'offerta risultata aggiudicataria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale, e, per l'effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)