



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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 162 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Markas Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Quadri, Pietro J. Quadri e Giancarlo Quecchia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Brescia, Via Solferino n. 26 (Fax=030/3778778);

contro

Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo, rappresentata e difesa dall'avv.to Roberto Massari, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, Via Einaudi n. 26;

nei confronti di

Dussmann Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio

dell'avv.to Claudio De Vincenzi in Brescia, Via Malta n. 16
(Fax=030/222493);

per l'annullamento

- DELLA DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE
IN DATA 21/12/2010 N. 1568, RECANTE
L'AGGIUDICAZIONE ALLA CONTROINTERESSATA DEL
SERVIZIO DI PULIZIA, SANIFICAZIONE E SERVIZI
ACCESSORI PRESSO GLI "OSPEDALI RIUNITI DI
BERGAMO" PER LA DURATA DI SEI ANNI;

- DEI VERBALI DI GARA;

- DELLE RICHIESTE DI CHIARIMENTI;

e per la dichiarazione

DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE
STIPULATO.

e per la condanna

AL RISARCIMENTO DEL DANNO, IN FORMA SPECIFICA O
PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera
Ospedali Riuniti di Bergamo e di Dussmann Service Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale
proposto dal ricorrente incidentale Dussmann Service Srl,
rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuza,
con domicilio eletto presso Claudia De Vincenzi in Brescia, via

Malta, 16 (Fax=030/222493);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura ristretta accelerata indetta dall'Azienda Ospedaliera per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e servizi accessori, della durata di 6 anni prorogabili per un ulteriore triennio. Il metodo di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre l'importo contrattuale stimato per i sei anni era pari ad € 41.850.000 (canone), ad € 625.000 per la pulizia di primo ingresso, e ad € 500.000 per l'esecuzione delle opere di completamento e finitura dei locali rustici presso il nuovo Ospedale.

All'esito del confronto comparativo – che ha coinvolto la sola ricorrente e la controinteressata – quest'ultima si piazzava al primo posto con 100 punti (50 per la qualità e 50 per l'offerta economica) davanti a Markas Service che riportava 90,74 punti (rispettivamente 48,11 e 42,63).

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli

atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione e falsa applicazione della lex specialis, eccesso di potere per travisamento dei fatti, violazione dell'art. 118 del D. Lgs. 163/2006 e falsa applicazione dell'art. 40 del medesimo D. Lgs, dato che la vincitrice non ha presentato una valida dichiarazione di subappalto – prevista dalla lettera d'invito a pena di esclusione – e non è in possesso dei requisiti per eseguire i lavori di completamento e finitura dei rustici;

b) Violazione degli artt. 46, 86, 87 e 88 del D. Lgs. 163/2006, lesione della par condicio, violazione del principio di buon andamento ed imparzialità, in quanto:

- il bando sanzionava con l'esclusione la presentazione di offerte alternative o condizionate, mentre la vincitrice ha potuto integrare l'offerta economica, come si evince dalla delibera di aggiudicazione definitiva;
- l'offerta economica non è adeguata e sufficiente a rispettare il costo del lavoro in base alle tabelle ministeriali, e ciò risulta dall'assurda proposta di coprire gli oneri derivanti dagli aumenti contrattuali con l'adeguamento del prezzo offerto ex art. 115 del D. Lgs. 163/2006;
- la vincitrice giustifica il costo della manodopera evidenziando le economie che derivano dal turn over, quando dal sito internet aziendale emerge che detta pratica non è adatta alle strutture sanitarie;
- le ipotesi di risparmio sono indebitamente collegate a situazioni

non prevedibili, e comunque si registra per Markas un monte ore mese pari a 33.008 con 340 addetti per un costo di 6.030.309 €, mentre Dussmann propone 33.616 ore mese con 386 operatori, ad un costo insostenibile di soli 5.338.757 €;

- per attrezzature e macchinari (verbale n. 9 Commissione) è inattendibile il costo dichiarato pari a zero sul presupposto dell'avvenuto completo ammortamento, dato che il loro scarso e sporadico utilizzo per la pulizia delle vetrate induce a ricorrere al noleggio;
- per i prodotti e materiali di consumo Dussmann riferisce di effettuare una diluizione con l'acqua, e in ogni caso l'offerta è decisamente fuori mercato, con costi per la pulizia di primo ingresso pari a 396.959 € contro i 587.500 € di Markas, se si considera che al primo ingresso è indispensabile un uso massiccio di prodotti rispetto alle pulizie ordinarie per togliere vernici, calce, etc.;
- l'utile dichiarato dello 0,5% – ossia € 29.600,76 € annui oltre 1.984 € per il primo ingresso – è esageratamente basso;
- mancano i costi per i rischi da interferenze.

Con motivi aggiunti depositati il 18/2/2011 Markas service introduce i seguenti profili di censura contro gli atti in epigrafe:

c) Violazione degli artt. 73 comma 2 e 74 del D. Lgs. 163/2006, violazione della lex specialis, eccesso di potere per sviamento della causa tipica, illogicità e arbitrarietà manifesta, dato che la lettera di invito doveva essere sottoscritta per accettazione unitamente ai suoi

allegati, mentre la vincitrice non ha firmato questi ultimi (comprendenti dichiarazioni sostitutive di certificazione, scheda offerta economica – dettaglio costi, modulo GAP);

d) Violazione e falsa applicazione dell'allegato 2.1, dell'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, della par condicio, eccesso di potere per travisamento, in quanto l'amministrazione ha arbitrariamente considerato valida a gara conclusa la modifica dell'offerta economica, che non ha riportato per le attività extra canone un costo mensile (richiesto dalla lex specialis) ma un costo al metro quadro;

Violazione degli artt. 46, 86, 87 e 88 del D. Lgs. 163/2006, lesione della par condicio, violazione del principio di buon andamento ed imparzialità:

- SULLA SICUREZZA = per i rischi da interferenza non sono stati indicati i relativi oneri; vi è contraddittorietà nella scomposizione dei costi di Dussmann, che ha sovrastimato la formazione e sottostimato la sicurezza;
- SULLA FORMAZIONE = è ravvisabile un'incongruenza, visto che nelle giustificazioni (pag. 8) si parla di 30 ore per ciascun operatore (destinate a diminuire con conseguente risparmio di spesa) mentre nel progetto tecnico (capitolo A.3.2) mediamente risultano 40 ore;
- SUI COSTI DEGLI ADDETTI = le ore medie annue lavorate secondo le tabelle ministeriali sono 1581, mentre l'offerta prescelta dalla stazione appaltante ne stima 1668;

- SUI COSTI DEI PRODOTTI = la vincitrice indica costi eccessivi rispetto alla ricorrente (si arriva al 132,8% di differenza – raffronto nel doc. XVI); 422,58 litri di cera Ultras non sono sufficienti a cerare 130.000 mq. di ospedale, si veda la resa con 40-70 gr. necessari a mq. (doc. XVI);
- SUI COSTI DEI MACCHINARI PER PRIMO INGRESSO una cifra pari a 0 è indebita, poiché i macchinari sono a cespite;
- COSTI MATERIALE ECONOMALE = si riferisce alle strutture in essere ex art. 2 del capitolato senza tener conto che le dimensioni del nuovo complesso sono maggiori; inoltre nelle giustificazioni compaiono costi inferiori a quelli di mercato;
- SULLE SPESE GENERALI ED UTILE = sono enunciati 59.901,09 € per le spese generali, ma non possono comprendere tutti i costi per la gestione delle commesse e per le figure a supporto del servizio (nel progetto doc. X compaiono responsabile d'appalto, servizio risorse umane, marketing e sviluppo, direzione di filiale, servizio prevenzione e protezione, controllo e gestione, acquisti, informatici, amministrazione, legale) e le spese indicate non sono capienti per supportare un'organizzazione di questo genere; l'utile è irrisorio (0,51%).

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ricorso incidentale depositato l'8/2/2011 Dussmann Service Srl impugna l'ammissione della ricorrente alla gara, deducendo i seguenti

profili di diritto:

- Violazione della legge di gara (art. 4.1 lettera d'invito, artt. 1 e 6 capitolato), del principio di par condicio tra i concorrenti e del buon andamento della p.a., eccesso di potere per sviamento, dato che Markas ha offerto un monte ore mensile per lo svolgimento del servizio inferiore al minimo fissato in 33.000;
- Violazione dell'art. 11 del capitolato e del principio della par condicio, poiché la lex specialis prevedeva in caso di sciopero del personale il preavviso di almeno cinque giorni, e la proposta di Markas contempla soltanto tre giorni;

Con secondi motivi aggiunti depositati l'8/6/2011 parte ricorrente espone i seguenti nuovi profili di doglianza:

- e) Violazione e falsa applicazione dell'art. 45 del D. Lgs. 81/2008 e del D.P.R. 388/2008, in quanto la vincitrice non ha rispettato l'ammontare minimo di ore da dedicare alla sicurezza;
- f) Violazione e falsa applicazione del capitolato, travisamento dei fatti, dato che l'appalto contemplava la pulizia e la sanificazione del nuovo ospedale e dei presidi esterni, e le parti dovevano presentare un progetto con piano di lavoro e prospetto riepilogativo delle prestazioni offerte, assente per Dussmann sui presidi esterni;
- g) Violazione dell'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006, contraddittorietà, incertezza dell'offerta tecnica, poiché il progetto è assolutamente indeterminato nelle prestazioni.

Alla pubblica udienza del 14/7/2011 i ricorsi venivano chiamati per

la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura l'aggiudicazione alla controinteressata della gara indetta dall'Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti di Bergamo" per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e servizi accessori. Con ricorso incidentale l'impresa dichiarata vincitrice lamenta a sua volta la mancata esclusione di Markas Service dalla procedura competitiva.

1. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7/4/2011 n. 4 – dopo una revisione critica del dictum precedente (cfr. Ad. plen. 10/11/2008 n. 11) – ha affermato il differente principio di diritto secondo cui:

- il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura;
- detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente;
- l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, soltanto qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

1.1 L'eventuale accoglimento del ricorso incidentale, paralizzante (tendente, cioè, all'accertamento dell'illegittimità della mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale), determina l'improcedibilità del ricorso principale: si deve escludere che, ravvisata la fondatezza del ricorso incidentale, possa sussistere un qualsiasi interesse residuo e giuridicamente apprezzabile della ricorrente principale alla decisione del proprio ricorso e alla conseguente, eventuale, esclusione dell'offerta della controinteressata anche qualora fosse l'unica impresa ammessa a partecipare alla gara (cfr. sentenza Sezione 9/6/2011 n. 885).

Il Collegio deve quindi esaminare anzitutto il gravame incidentale, a prescindere dalla circostanza per cui il numero di imprese collocate in graduatoria è pari a 2.

2. La ricorrente incidentale lamenta la violazione della legge di gara (art. 4.1 lettera d'invito, artt. 1 e 6 capitolato), del principio di par condicio tra i concorrenti e del buon andamento della p.a., l'eccesso di potere per sviamento, dato che Markas ha offerto un monte ore mensile per lo svolgimento del servizio inferiore al minimo fissato in 33.000. Sostiene nello specifico Dussmann che la ricorrente principale ha proposto 33.008 ore (pag. 57 progetto), tra le quali sono però rinvenibili 253,20 ore afferenti ad un servizio aggiuntivo rispetto a quanto previsto nel capitolato: del presidio fisso per la pulizia del blocco operatorio (pag. 33 del progetto tecnico) non vi è traccia alcuna tra le prestazioni minime indicate dall'Azienda e deve

pertanto essere scomputato.

La censura è priva di pregio, poiché Markas Service ha chiarito che il presidio fisso è una precisa modalità organizzativa dell'appalto, e le ore previste per gli operatori coinvolti rientrano a pieno titolo nella gestione ordinaria dei servizi richiesti. Non si tratta dunque di migliorie (da fornire a titolo gratuito), ma di una soluzione individuata dalla ricorrente principale per il proficuo svolgimento delle attività rientranti nell'oggetto della gara.

3. Parimenti infondata è la censura con la quale Dussmann si duole della violazione dell'art. 11 del capitolato e del principio della par condicio, poiché la *lex specialis* prevedeva in caso di sciopero del personale il preavviso di almeno cinque giorni mentre la proposta di Markas si sarebbe limitata a garantire tre giorni soltanto. L'art. 11 del capitolato speciale infatti (doc. 7 ricorrente) – nel regolare il divieto di sospensione del servizio – è collocato tra le disposizioni inerenti alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale da instaurare con la ditta aggiudicataria. Si può notare infatti che anche l'articolo precedente (10) richiama le norme in materia di sicurezza, igiene e privacy sul luogo di lavoro – da osservare nell'attuazione dell'accordo negoziale – mentre gli articoli successivi regolano le figure del responsabile dell'appalto e del responsabile di sede (12) e il comportamento del personale della ditta durante il servizio (13). Eventuali gravi violazioni del contratto perfezionato troveranno la propria sanzione nel meccanismo della risoluzione. In ogni caso,

comunque, la mancata adesione al requisito prescritto dal capitolato non pare automaticamente correlata all'esclusione dalla gara, poiché l'obiettivo perseguito dall'amministrazione in caso di sciopero è la continuità del servizio – che deve comunque essere garantito – mentre il preavviso soddisfa l'esigenza collaterale alla conoscenza anticipata del disagio, indispensabile per vigilare sulla predisposizione delle misure di garanzia di un servizio essenziale: la comunicazione tardiva dell'astensione collettiva potrebbe trovare corrispondenza in un minore punteggio qualitativo ove fosse previsto un corrispondente requisito di valutazione, circostanza che però non rientra nell'oggetto della censura.

In conclusione il gravame incidentale è infondato e deve essere respinto.

4. Passando all'esame del ricorso principale, con una prima censura parte ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione della *lex specialis*, l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, la violazione dell'art. 118 del D. Lgs. 163/2006 e la falsa applicazione dell'art. 40 del medesimo D. Lgs, dato che la vincitrice non ha presentato una valida dichiarazione di subappalto – prevista dalla lettera d'invito a pena di esclusione – e non è in possesso dei requisiti per eseguire in proprio i lavori di completamento e finitura dei rustici. Sostiene Markas Service che l'impresa Dussmann è priva dei certificati SOA (avendo nell'oggetto sociale i soli servizi) e la dichiarazione fornita è generica ed inidonea, poiché fa rientrare nel raggio del possibile

subappalto i “servizi di pulizia, sanificazione e servizi accessori” senza estenderlo ai lavori: l’art. 118 del D. Lgs. 163/2006 esige – quale condizione per l’affidamento in subappalto – la specificazione dei lavori o delle parti di opere o di servizi o di forniture che le imprese intendono subappaltare, e non è possibile ricondurre ogni prestazione ai “servizi accessori”, i quali afferiscono alle pulizie e sono ben distinti dalle opere (cfr. art. 1 pagg. 36 e 80).

La doglianza non è meritevole di positivo scrutinio.

4.1 L’impresa risultata vincitrice dal confronto comparativo ha utilizzato il modello predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice, dichiarando di voler subappaltare le attività rientranti nell’intero oggetto dell’appalto, ossia servizi di pulizia, sanificazione e servizi accessori (cfr. doc. 2 Azienda ospedaliera).

L’ampia formulazione utilizzata coincide con l’intera gamma di prestazioni contemplate dalla procedura selettiva, e riassunte nello stesso identico modo nel bando, nella lettera d’invito e nel capitolato speciale. Nell’ambito della menzionata locuzione onnicomprensiva sono dunque sussunti il servizio di pulizia e sanificazione dell’Azienda e dei presidi esterni, la pulizia di primo ingresso e le opere di completamento e finitura dei locali rustici presso il nuovo ospedale (corrispondenti all’1% dell’ammontare dell’appalto). Detta conclusione è avvalorata dallo stesso modulo prestampato utilizzato dall’impresa Dussmann, il quale contempla a pag. 8 l’alternativa tra il ricorso al subappalto e la rinuncia ad esso, con l’invito a cancellare la

voce che non interessa: la soppressione con un tratto di penna è da intendersi riferita anche all'oggetto della gara, il quale avrebbe potuto essere parzialmente rettificato e cancellato ove soltanto alcune parti di esso fossero state interessate dal subappalto (ad es. la sola pulizia o i soli servizi accessori).

4.2 In ogni caso, d'altronde, in presenza di clausole ambigue ovvero equivoche della *lex specialis* per consolidato principio deve essere riconosciuta la prevalenza dell'interesse pubblico alla massima partecipazione alla selezione (cfr. ex plurimis T.A.R. Piemonte, sez. I – 30/11/2009 n. 3190), e pertanto ove la locuzione “Servizi di pulizia, sanificazione e servizi accessori” potesse essere interpretata nel senso prospettato dalla ricorrente principale andrebbe comunque salvaguardata la posizione di Dussmann, trattandosi di formula non univocamente capace di escludere una quota di prestazioni in appalto. Ad ulteriore conferma della bontà dell'indicazione della controinteressata può essere menzionata la presentazione del progetto e del computo metrico di una Società del settore, la Progest Srl (doc. 6 Azienda ospedaliera), che rende evidente la volontà di affidare in subappalto a terzi anche le opere.

4.3 Del tutto irrilevante infine si rivela la richiesta di precisare le prestazioni da subappaltare, avanzata dalla Commissione, poiché la dichiarazione rassegnata sul punto dall'impresa poteva già ritenersi sufficientemente esaustiva.

5. Markas deduce la violazione degli artt. 46, 86, 87 e 88 del D. Lgs.

163/2006, la lesione della par condicio, la violazione del principio di buon andamento ed imparzialità, in quanto il bando sanzionava con l'esclusione la presentazione di offerte alternative o condizionate, mentre la vincitrice ha potuto integrare l'offerta economica, come si evince dalla delibera di aggiudicazione definitiva. Sottolinea la ricorrente principale che la scheda offerta economica – dettaglio costi (all. 2.1 lettera di invito) prevedeva l'indicazione dei costi dei servizi extracanonone (scheda offerta n. 3) distinguendo tra interventi di pulizia domeniche e festivi e la pulizia di vetrate e pareti vetrate e/o vetrificate, ma Dussmann ha dapprima indicato un prezzo irrisorio (€ 1,12 al mese per entrambi) e di seguito con nota di chiarimenti ha rettificato rispettivamente in 61.994 € e 57.419 €: con una nuova offerta di importo così elevato Dussmann recupera somme da utilizzare per coprire i costi dei servizi ordinari, ma con l'incremento di quasi 9.000.000 € l'offerta diventa svantaggiosa rispetto a quella formulata da Markas.

La censura non merita condivisione.

5.1 Osserva anzitutto il Collegio che la lex specialis di gara statuiva (pag. 10 lettera d'invito) che ai fini dell'attribuzione del punteggio economico e dell'aggiudicazione “verrà considerato unicamente il valore complessivo della gara (I.V.A. esclusa) che il concorrente dovrà indicare alla lettera d) della scheda offerta economica”. Tale valore (doc. 5 ricorrente) comprendeva il canone per il servizio di pulizia e sanificazione, il costo per la pulizia di primo ingresso e

quello per l'esecuzione delle opere di completamento e finitura dei locali rustici; la scheda offerta n. 3 viceversa ospitava il costo dei servizi extra canone – ininfluenti ai fini del confronto comparativo tra le imprese concorrenti – rispetto ai quali l'Azienda avrebbe potuto "riservarsi la facoltà di attivarne l'eventuale esecuzione" (pag. 37 capitolato – doc. 6 controinteressata). In secondo luogo Dussmann ha efficacemente chiarito che il prezzo inizialmente indicato era il valore unitario mensile per mq., sicchè sarebbe stato sufficiente moltiplicarlo per l'estensione delle superfici vetrate per ottenere l'importo complessivo: la semplice operazione matematica compiuta esclude che, in esito alla richiesta di chiarimenti formulata dall'amministrazione, la vincitrice della gara abbia modificato ex post il contenuto dell'offerta economica, che comunque non costituiva oggetto di apprezzamento ai fini dell'assegnazione del punteggio.

6. Proseguendo in ordine logico, nei primi motivi aggiunti Markas lamenta la violazione degli artt. 73 comma 2 e 74 del D. Lgs. 163/2006, la violazione della *lex specialis*, l'eccesso di potere per sviamento della causa tipica, illogicità e arbitrarietà manifesta, dato che la lettera di invito doveva essere sottoscritta per accettazione unitamente ai suoi allegati, mentre la vincitrice non ha firmato questi ultimi (in particolare dichiarazioni sostitutive di certificazione, scheda offerta economica – dettaglio costi, modulo GAP); i concorrenti non hanno l'obbligo di utilizzare i moduli forniti dall'amministrazione per redigere l'offerta e dunque la sottoscrizione per accettazione è

elemento essenziale perché importa l'adesione consapevole alle condizioni di gara; per questo la vincitrice, che non ha firmato per accettazione la modalità di scomposizione del prezzo per prestazioni extra canone, ha poi errato nell'indicare un prezzo €/mq anziché €/mese.

6.1 Già si è avuto modo di argomentare sull'ultima parte della doglianza, per cui l'offerta di Dussmann sul punto era formulata correttamente. Per il resto, l'asserzione non merita condivisione dato che – come ha evidenziato la difesa dell'Azienda – la sottoscrizione della lettera d'invito comporta l'accettazione degli allegati, che costituiscono parte integrante della prima. Peraltro la stessa lettera d'invito, nello schema di pag. 4, tra la documentazione da includere nella busta A enuclea la copia della lettera d'invito e del capitolato speciale (sottoscritte in originale in ogni loro pagina in segno di accettazione incondizionata), mentre non menziona gli allegati. Pertanto anche in un'ottica formalistica il vizio denunciato non può ritenersi sussistente.

6.2 E' altresì infondata la successiva doglianza con la quale Markas ritiene che l'amministrazione abbia arbitrariamente considerato valida a gara conclusa la modifica dell'offerta economica, che non ha riportato per le attività extra canone un costo mensile (richiesto dalla *lex specialis*) ma un costo al metro quadro. Al riguardo il Collegio rinvia a quanto già evidenziato al punto 5.1, osservando altresì che non è configurabile una negoziazione sul costo per le attività "extra"

ma una mera esplicitazione del metodo di calcolo (prezzo mensile al mq. da moltiplicare per le superfici vetrate complessive).

7. Con ulteriore ampia censura, trasversale al gravame introduttivo e ai motivi aggiunti, la ricorrente principale lamenta la violazione degli artt. 46, 86, 87 e 88 del D. Lgs. 163/2006, la lesione della par condicio, la violazione del principio di buon andamento ed imparzialità, dal momento che l'offerta dell'impresa vincitrice sarebbe anomala.

7.1 Osserva preliminarmente il Collegio che la verifica di anomalia dell'offerta costituisce un sub-procedimento formalmente distinto (ancorché collegato) rispetto al procedimento di evidenza pubblica di individuazione della proposta migliore, e si esprime in un'indagine di contenuto tecnico-economico secondo una precisa ratio di fondo che è quella di evitare l'aggiudicazione a prezzi tali da non garantire la qualità del lavoro, fornitura o servizio oggetto di affidamento.

La giurisprudenza prevalente ha ripetutamente osservato che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme (Consiglio di Stato, sez. V – 8/9/2010 n. 6495) e costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (Consiglio di Stato, sez. V – 11/3/2010 n. 1414; sez. IV – 20/5/2008 n. 2348). Al contempo

occorre rilevare che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. VI – 21/5/2009 n. 3146).

7.2 Sotto altro punto di vista, il Collegio ha in altra causa affermato che attraverso il Piano Economico Finanziario (e per analogia mediante le giustificazioni) ciascun concorrente debba dimostrare la propria capacità di eseguire correttamente la prestazione alle condizioni economiche proposte, cosicché l'amministrazione possa ammettere alla gara le offerte che risultino, nel loro complesso, affidabili: si tratta dello strumento che avvalora la sostenibilità economica dell'operazione e che per questo non può essere considerato assolutamente intangibile ed imm modificabile, ma viceversa suscettibile di specificazioni, chiarimenti, limitate integrazioni ed aggiustamenti.

Soccorrono in proposito i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di verifica dell'offerta anomala ai sensi dell'art. 88 del D. Lgs. 163/2006, che individuano nell'affidabilità complessiva dell'offerta il criterio guida della stazione appaltante per la formulazione del giudizio e che riconoscono il valore del contraddittorio e delle giustificazioni quali mezzi utili per sviluppare l'indagine con piena cognizione di causa. E' stato sottolineato che nel corso del

procedimento il concorrente può addurre qualsiasi elemento che ritenga utile per evidenziare la remuneratività dell'offerta, e in tale contesto le giustificazioni preventive non possono costituire un vincolo tale da non poter essere superate – e all'occorrenza modificate – da quelle successive (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI – 8/4/2004 n. 1999). Per questo motivo la rielaborazione del Piano economico finanziario (o delle giustificazioni) in momenti posteriori non può costituire di per sé un vizio insanabile, trattandosi di fase nella quale il contraddittorio deve necessariamente svilupparsi (cfr. sentenza Sezione 26/5/2009 n. 1064 confermata in appello da Consiglio di Stato, sez. V – 10/2/2010 n. 653).

A questo punto è necessario affrontare i singoli elementi addotti a sostegno dell'insostenibilità dell'offerta economica presentata da Dussmann.

8. Sulla MANODOPERA Markas sostiene che l'offerta economica non è adeguata e sufficiente a rispettare il costo del lavoro in base alle tabelle ministeriali, e ciò risulta dall'assurda proposta di coprire gli oneri derivanti dagli aumenti contrattuali con l'adeguamento del prezzo offerto ex art. 115 del D. Lgs. 163/2006. La disposizione invocata stabilisce che “Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo

7, comma 4, lettera c) e comma 5". Non è ravvisabile alcuna preclusione né è ipotizzabile un'incongruenza nella scelta di far fronte all'onere economico più rilevante della commessa (il costo del lavoro) usufruendo del meccanismo dell'adeguamento dei prezzi sancito dalla legge. Quanto poi all'indebito incremento del canone, la revisione integra un beneficio normativamente garantito mentre l'offerta extra canone (come già sottolineato) è una voce che non può certo essere sommata all'offerta vera e propria riguardando prestazioni esigibili soltanto su richiesta della stazione appaltante e comunque non valorizzate nella competizione.

8.1 E' altrettanto accettabile come giustificazione l'economia derivante dal turn over, mentre è irrilevante il semplice commento sul sito internet aziendale secondo il quale detta pratica non sarebbe adatta alle strutture sanitarie. Peraltro la controinteressata ha sottolineato che l'affermazione era riferita alle strutture residenziali per la terza età e non alle strutture sanitarie.

8.2 Markas segnala di aver proposto un monte ore mese pari a 33.008 con 340 addetti (per un costo di 6.030.309 €), mentre Dussmann ha esibito 33.616 ore mese con 386 operatori (ad un costo di soli 5.338.757 €). In proposito il semplice raffronto tra ore/mese e numero di addetti delle 2 concorrenti di per sé non è sufficiente ad introdurre sospetti di antieconomicità dell'offerta più conveniente, ma l'aspetto sarà affrontato al punto successivo.

8.3 Nei motivi aggiunti la ricorrente principale lamenta che, in ordine

al costo per gli addetti, le ore medie annue lavorate secondo le tabelle ministeriali sono 1581, mentre l'offerta prescelta dalla stazione appaltante ne stima 1668; Dussmann quota solo 420 ore non lavorate contro le 570 delle tabelle ministeriali, e con lo scomputo di ferie, festività e permessi residuano soltanto 49 ore per malattia, infortuni e maternità (tasso di assenteismo del 2,34%), ma l'avvicendamento del personale per infortuni, malattie e maternità è previsto nel 5% a pag. 18 (capitolo A.1.2 dell'offerta); Dussmann giustifica la proposta con l'assunzione di personale lungo disoccupato 24 mesi nella misura del 30% degli addetti alla pulizia quotidiana, e quota 90 addetti da reperire ad inizio servizi, ma risulta aver chiesto una rosa di sole 11 persone presso l'ufficio di collocamento di Bergamo; non sono esibiti i costi della squadra dedicata all'avvio dell'appalto di ben 20 unità (A.1.4. pag. 58) e la pulizia di primo ingresso verrebbe svolta da personale proveniente da zone limitrofe del quale però non è indicato il costo.

E' noto che la giurisprudenza ha ritenuto che offerte le quali si discostino dalle tabelle ministeriali, purché siano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, non siano ex se anomale. Dette tabelle sul costo del lavoro hanno introdotto un parametro certo cui riferire la valutazione dell'anomalia delle offerte, ma non nel senso di autorizzare l'esclusione automatica di quelle che contengono valori inferiori a quelli minimi, per cui un costo del servizio che si discosti dalle tabelle non è di per sé incongruo (cfr. per tutte T.A.R. Sicilia

Catania, sez. III – 1/3/2011 n. 524). Ad ogni modo in sede di giustificazioni Dussmann ha sottolineato che i valori esposti a sostegno dell'offerta economica sono prudenziali, poiché è stato considerato un tasso INAIL corrispondente al 18 per mille quando la media delle aliquote sulla posizione provinciale era per l'Azienda pari al 16,67 per mille. Allo stesso modo la quota di monte ore lavorate pro capite (1668) è inferiore a quelle effettive negli esercizi dal 2007 al 2010 pari nell'ordine a 1697, 1730, 1668, 1742. Detti elementi avvalorano la prospettazione della sostenibilità di un'offerta inferiore ai valori standard.

A fronte di questo ragionamento di carattere generale risultano depotenziati i rilievi circa imprecisioni, contraddizioni o lacune su aspetti dell'offerta circostanziati e marginali. In ogni caso la controinteressata nelle proprie difese ha chiarito come la percentuale del 2,34% riguardi il numero di ore di assenteismo mentre il 5% investe la differente grandezza dell'aumento dell'organico per far fronte al personale assente. In secondo luogo il monitoraggio presso l'Ufficio di collocamento di Bergamo non è un campione sufficientemente rappresentativo poiché il dato deve essere esteso a tutti i Centri della Provincia di Bergamo e delle Province limitrofe.

Accettabile e verosimile, per gli altri due aspetti, è la giustificazione sui costi della squadra dedicata all'avvio dell'appalto – per cui si prevede di distribuirli sugli oneri generali dell'impresa – e l'utilizzo di personale proveniente da zone limitrofe per la pulizia di primo

ingresso, per il quale si esibisce l'assenza di un aggravio di spesa.

9. Sugli ulteriori aspetti sottoposti a critica nel gravame introduttivo, per quanto riguarda ATTREZZATURE E MACCHINARI di primo ingresso il costo dichiarato è pari a zero sul presupposto dell'avvenuto completo ammortamento, ed in proposito Dussman ha confermato – senza essere smentita sul punto – di essere proprietaria delle attrezzature necessarie.

9.1 Sotto il profilo dei PRODOTTI E MATERIALI DI CONSUMO Dussmann ha indicato le macchine di cui dispone e la tecnologia utilizzata, che esige una quantità inferiore di detersivo. Per i costi, dal verbale n. 9 dell'Azienda Ospedaliera (doc. 14 controinteressata) emerge che la stazione appaltante ha verificato la loro congruità prendendo visione di copia delle offerte commerciali dei fornitori della ditta vincitrice. I chiarimenti esposti appaiono sufficienti ad escludere sospetti di irragionevolezza.

9.2 Per ciò che concerne l'utile dichiarato (pari allo 0,5% ossia 29.600,76 € annui oltre 1.984 € per il primo ingresso) ritiene il Collegio che non si possa fissare una quota rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua, risultando invece centrale la circostanza che l'offerta risulti seria e non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali, mentre soltanto un utile pari a zero risulterebbe in sé ingiustificabile (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I – 27/1/2011 n. 155; Consiglio di Stato, sez. VI –

21/5/2009 n. 3146). Nel caso di specie l'utile (ancorché esiguo) indicato nell'offerta si inserisce in un quadro fattuale che rende credibile la serietà dell'offerta dell'impresa dichiarata vincitrice, poiché nelle giustificazioni presentate si dà atto – come in parte già sottolineato (si veda punto 8.3) – dell'alto livello delle soluzioni tecniche adottate (cfr. tipi di macchinari utilizzati), della disponibilità di una struttura organizzata già collaudata e ramificata sul territorio (il dato rileva per la “squadra” da mettere a disposizione per il primo intervento), delle economie di scala (possibilità di ricorrere a macchinari a cespite e non a nolo), e dei valori dei costi prudenzialmente esibiti (aliquota IRAP indicata al 3,9% quando sarà del 2,5% grazie al recupero del cuneo fiscale, tasso INAIL, monte ore annuo lavorato), oltre ai possibili risparmi sulla formazione (pag. 16 giustificazioni).

10. Un altro aspetto sul quale Markas focalizza le proprie contestazioni è la sicurezza. Sostiene infatti che la lex specialis prevedeva per i rischi da interferenza 12.750 € IVA esclusa, mentre nell'offerta tali costi non sono stati indicati; vi è contraddittorietà nella scomposizione dei costi di Dussmann dato che risultano previsti per formazione e sicurezza 91.305,54 €, di cui 74.919,28 per la formazione e (per differenza) 16.386,25 € per la sicurezza: dette cifre non collimano nelle giustificazioni (doc. 8), ove si prevedono 36.197,80 € per formazione per la sicurezza, 633,33 € per corso antincendio, 100 € per il corso pronto soccorso e 15.651,76 € per

DPI e sorveglianza sanitaria; in ogni caso sono somme pressoché inconsistenti (16.386,25 € pari a 0,27%) mentre sulla formazione la percentuale raggiunge un valore abnorme (0,64%); la tabella ministeriale prevede un costo annuo minimo aziendale per la sicurezza di 150 € per dipendente, cosicché dal prodotto 150 x 316 dipendenti si ottiene la cifra di 47.400 € complessivi; tra l'altro nel progetto tecnico si prospettava una complessa organizzazione per la sicurezza (pag. 280 e ss.), mentre ben poco è rappresentato sulla formazione per la sicurezza; quindi Dussman ha sovrastimato la formazione e sottostimato la sicurezza, assoggettandola a ribasso. Sulla formazione è poi ravvisabile un'incongruenza, visto che nelle giustificazioni (pag. 8) si parla di 30 ore per ciascuno destinate a diminuire con conseguente risparmio di spesa, mentre nel progetto tecnico (capitolo A.3.2) mediamente risultano 40 ore.

10.1 Come ha messo in evidenza la controinteressata il costo per rischi da interferenza di 12.750 € è previsto per i 6 anni di durata dell'appalto e dunque si tratta di 2.125 € annui come si evince dal prospetto specifico (cfr. doc. VI ricorrente). La tenuità della cifra ha l'effetto di stemperare la portata di un'eventuale omissione che non investirebbe la quantificazione – come visto indicata nel dettaglio – ma soltanto la sua imputazione: sembra comunque accettabile la collocazione nell'ambito delle spese generali che risultano ben capienti (59.901,09 €); detto rilievo consente anche di superare l'obiezione per la quale mancherebbero i rischi da interferenza tra le

previsioni economiche.

Si è già detto che limitati scostamenti e contraddizioni non producono effetti su un'offerta complessivamente affidabile, e in ogni caso la giustificazione di 30 ore di formazione pare garantire un adeguato sistema di aggiornamento. Peraltro la parziale sovrastima di un costo (formazione) e l'eventuale sottostima di un altro (sicurezza) può in realtà permettere di realizzare un riequilibrio economico-finanziario con la rispettiva riduzione/potenziamento dei rispettivi oneri, ed in ogni caso anche la cifra di 16.386 € è al netto della formazione per la sicurezza la quale rappresenta comunque una componente non secondaria dei costi per la sicurezza stessa.

11. Gli ulteriori profili non sono suscettibili di apprezzamento per le ragioni che seguono:

I. per quanto riguarda i COSTI DEI PRODOTTI e la differenza tra i prezzi rispettivamente esibiti da Markas e Dussamann (132,8% di divario), in assenza di altri elementi a sostegno dell'incongruenza si può presumere una maggiore competitività dell'Azienda che vanta un maggiore fatturato sul mercato, e che ha comunque comprovato le offerte con le dichiarazioni dei fornitori; per i 422,58 litri di cera Ultras – asseritamente non sufficienti a cerare 130.000 mq. di ospedale – si rimanda a quanto affermato al punto 9.1.

II. per i COSTI DEL MATERIALE ECONOMALE Dussmann si rifà alla proposta di altra Società;

III. sulle SPESE GENERALI in rapporto alle figure a supporto del

servizio, la controinteressata afferma che le stesse non sono adibite esclusivamente all'appalto in discussione e detto chiarimento è sufficiente;

IV. dell'UTILE d'impresa si è già detto.

12. Passando all'esame dei secondi motivi aggiunti, Markas si duole della violazione e falsa applicazione dell'art. 45 del D. Lgs. 81/2008 e del D.P.R. 388/2008, in quanto la vincitrice non ha rispettato l'ammontare minimo di ore da dedicare alla sicurezza: a pag. 302 del progetto tecnico Dussmann prevede 8 ore di corso di primo soccorso e 16 di antincendio mentre per il primo soccorso devono essere garantite 16 ore ai sensi della norma sopra indicata.

Detta asserzione è infondata in fatto, poiché la controinteressata ha dato conto di 8 ore previste nello schema a pag. 297 e di ulteriori 8 ore comprese nel corso di primo soccorso ed antincendio a pag. 302.

13. E' infondata anche la censura afferente alla violazione del capitolato e al presunto travisamento dei fatti, dato che – come si evince dal capitolo A.1.4. della sua offerta (doc. 16 controinteressata) – pure per i presidi esterni Dussmann ha presentato un progetto con piano di lavoro e prospetto riepilogativo delle prestazioni offerte (si vedano in particolare le pagg. 62 e 64 e ss. ove sono presenti le tabelle relative agli interventi per ciascuna unità operativa coinvolta, comprese quelle esterne).

14. Infondata è anche la censura di indeterminatezza, contraddittorietà ed incertezza dell'offerta tecnica, dovuta al fatto

che il monte ore complessivo del progetto (33.616) non corrisponde alla somma delle ore mensili per Ospedale e presidi (33.292,78). La controinteressata ha dato conto del mancato conteggio di 86 ore per l'addetto alla qualità e di 2 errori di calcolo per i Presidi di Mozzo e Borgo Palazzo (per 115 e 126 ore). Le rispettive rettifiche riportano le grandezze su valori pressoché coincidenti (33.375-33.378 ore).

In conclusione il gravame principale ed i motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

La soccombenza reciproca e la complessità in fatto della controversia giustificano la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.
- respinge il gravame introduttivo nonchè i primi e i secondi motivi aggiunti.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/08/2011

IL SEGRETARIO

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