



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1358 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Lombardia Sanità, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Boifava e Deborah Sporzon, con domicilio ex lege (art. 25 c.p.a.) presso la segreteria del TAR in Milano via Corridoni 39;

contro

Fondazione Irccs Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cannone, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, Corso Porta Romana, 116/A;

nei confronti di

Croce Amica One Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Marco Sica, con domicilio eletto presso il suo studio, via della Guastalla 2;

COOPERATIVA TRASPORTI SANITARI - Cts Scarl - in proprio e quale capogruppo dell'ATI con Duelle Service Srl – Croce Verde Ancona, rappresentate e difese dall'avv. Claudio Freddara, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vania Loparco in Milano, Piazzale Negrelli, 4/A;

C.T.S. Ambulanze Milano quale capogruppo dell'ATI con Duelle Service Srl e Croce Verde Ancona, non costituita

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva del pubblico incanto indetto dalla Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico, finalizzato all'affidamento del servizio di trasporto degenti;

di tutti i processi di gara; della nota datata 07/03/2012 in risposta al preavviso di contenzioso di cui al verbale del 14/02/201, nonchè di tutti gli atti connessi.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Irccs Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico, di Croce Amica One Italia S.r.l. e di Cooperativa Trasporti Sanitari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2012 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La Fondazione Irccs Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico, (da ora anche solo Fondazione), ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di trasporto degenti, della durata di 36 mesi dall'aggiudicazione dell'appalto.

Il servizio era suddiviso in due lotti: lotto I – trasporto degenti all'interno dei presidi ospedalieri facenti parte della Fondazione – a mezzo di ambulanze; il lotto II servizio di trasporto malati non ricoverabili e servizi complementari a mezzo di autoambulanze.

Il Consorzio ricorrente formulava la propria offerta per entrambi i lotti: oggetto del presente ricorso è l'aggiudicazione del Lotto II, effettuata ai sensi degli artt. 81 e 82 del D. Lgs 163/2006, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara partecipavano tre ditte: la ricorrente verificava, già in sede di apertura delle offerte economiche (seduta del 24.2.2012), che le offerte delle altre due concorrenti non riportavano alcuna dichiarazione circa gli oneri della sicurezza; ne chiedeva quindi l'esclusione.

Con nota del 7 marzo 2012, la stazione appaltante respingeva la richiesta di esclusione, rilevando che negli atti di gara "il difetto dell'indicazione dei costi di sicurezza non è annoverato tra le cause di esclusione".

Il Lotto II veniva quindi aggiudicato all'ATI CTS - Duelle Service Srl per 36 mesi, per un importo annuo di € 217.126,00, al secondo posto si classificava la Società Croce Amica One Italia (da ora anche solo Croce Amica).

Avverso gli atti di aggiudicazione parte ricorrente ha articolato i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 86 comma 3 bis e 87 comma 4 D. Lgs 163/2006, nonché dell'art 26 comma 6 D. L.vo 81/2008;

violazione e falsa applicazione della legge di gara rispetto alla disciplina legislativa in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro;

violazione e falsa applicazione dei principi informanti lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica, sub specie auto vincolo procedimentale e tutela dei lavoratori;

violazione e falsa applicazione dell'art 2 D. L.vo 163/2006;

violazione e falsa applicazione dell'art 1 L. 241/90;

eccesso di potere per sviamento, disparità di trattamento, travisamento dei presupposti di fatto, illogicità, ingiustizia manifesta: le ditte partecipanti, odierne controinteressate, non hanno indicato gli oneri per la sicurezza, voce obbligatoria dell'offerta, anche in assenza di una espressa previsione nella lex specialis;

2) violazione e falsa applicazione dei principi regolatori delle procedure ad evidenza pubblica; violazione dei principi di serietà, affidabilità e congruità dell'offerta;

violazione e falsa applicazione dei principi informanti lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica: congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti;

eccesso di potere per illogicità, difetto di motivazione, sviamento dalla causa tipica, difetto dei presupposti, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta: l'offerta delle ditte classificate ai primi posti non rispetta il costo orario del personale previsto nel contratto collettivo nazionale di riferimento.

Si sono costituite in giudizio la Fondazione e le due imprese controinteressate, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 803 del 27 giugno 2012, la domanda cautelare veniva accolta, rilevando la fondatezza del secondo motivo, "in quanto il ribasso offerto sia dalla società aggiudicataria, sia da quella collocata al secondo posto, sembra condurre ad una offerta non remunerativa, in relazione al costo del personale quale risultante dal CCNL applicato".

In ottemperanza all'ordinanza cautelare l'Amministrazione procedeva ad una nuova verifica delle offerte.

Con ordinanza presidenziale n. 3018 del 9 ottobre 2012, in accoglimento alla istanza istruttoria presentata da Croce Amica, veniva ordinato all'Amministrazione il deposito degli atti istruttori, dei verbali e dell'esito del procedimento per la verifica di congruità delle offerte, avviato dalla Fondazione con nota 1 agosto 2012.

A fronte della produzione documentale, parte ricorrente in data 30 ottobre 2012, ha presentato i seguenti motivi aggiunti:

violazione e falsa applicazione dell'art 38 commi 1 e 2 D, Lgs. 163/2006, per l'esistenza di un unico centro decisionale, o collegamento sostanziale;

violazione e falsa applicazione dei principi informanti lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica: correttezza, trasparenza e buon andamento: dalla documentazione relativa alle giustificazioni, identiche nei caratteri e nei contenuti, emerge un evidente collegamento tra le due ditte partecipanti.

La Fondazione e le controinteressate si costituivano in giudizio anche rispetto ai motivi aggiunti, sollevando una serie di eccezioni preliminari e chiedendo il rigetto nel merito.

Alla pubblica udienza del 14 novembre 2012, previa rinuncia di tutte le parti ai termini a difesa rispetto ai motivi aggiunti, il ricorso è stato trattenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1) Il Consorzio ricorrente ha impugnato gli atti relativi alla gara per l'affidamento del Lotto II, del servizio di trasporto degenti, indetta dalla Fondazione Ircs Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico.

Come emerge dalla ricostruzione in fatto, la ricorrente ha articolato nel ricorso principale due profili di illegittimità delle operazioni di gara: la violazione delle disposizioni sugli oneri di sicurezza e la non remunerabilità dell'offerta.

Dopo l'accoglimento della istanza cautelare, la stazione appaltante ha proceduto ad una nuova verifica dell'offerta, richiedendo le giustificazioni a tutte le partecipanti, per verificare se il prezzo offerto consentisse di remunerare i dipendenti secondo quanto previsto dal CCNL.

La ricorrente non ha dato riscontro alla richiesta.

In base alle giustificazioni offerte, parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti, rilevando il collegamento sostanziale tra le due ditte partecipanti.

2) Le controinteressate hanno sollevato diverse eccezioni di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, che devono esaminarsi in via preliminare.

Il ricorso sarebbe inammissibile perché la ricorrente è terza classificata alla gara e quindi l'esclusione della prima offerta non comporterebbe l'aggiudicazione della gara.

L'eccezione non ha pregio, perché le censure sono articolate avverso le offerte delle due ditte partecipanti, per cui l'eventuale accoglimento comporterebbe l'esclusione delle prime due classificate e l'aggiudicazione a favore della terza, attuale ricorrente.

La difesa di Croce Amica sostiene invece l'inammissibilità del ricorso, per sopravvenuto difetto di interesse, in quanto il Consorzio si è rifiutato di presentare le giustificazioni dell'offerta: con la nota del 4.9.2012 il Consorzio infatti ha comunicato alla stazione appaltante di non voler presentare chiarimenti in quanto la richiesta sarebbe stata estranea al contenuto dell'ordinanza cautelare.

Ad avviso della difesa di Croce Amica la richiesta di chiarimenti doveva essere effettuata nei confronti di tutte le offerte, anche quelle che non presentano profili di anomalia, come previsto dall'art 86 comma 3 bis: il rifiuto comporta quindi l'esclusione dalla gara.

Anche questa eccezione non merita accoglimento: la fase avviata con la richiesta del 1 agosto 2012 era finalizzata a

verificare la remunerabilità delle offerte delle prime due partecipanti, a fronte dell'ordinanza cautelare, che ha ritenuto fondata la seconda censura.

In ogni caso la circostanza che la ricorrente non abbia partecipato alla fase di verifica dell'offerta, non può avere alcun effetto sul piano processuale, fino a quando la Fondazione non concluderà il procedimento, escludendo dalla gara la ricorrente, per la mancata partecipazione alla fase di verifica delle offerte.

Rispetto ai motivi aggiunti la difesa dell'Ati Trasporti Sanitari eccepisce la inammissibilità, per violazione dell'art 43 cod. proc. amm., per l'assenza di connessione tra il ricorso principale e i motivi aggiunti.

Al di là della non chiarezza dell'eccezione, va osservato che la ricorrente ha articolato motivi aggiunti dopo la produzione delle giustificazioni da parte delle ditte partecipanti: sulla base di detta documentazione ha contestato un collegamento sostanziale tra le suddette.

Questo profilo di collegamento, che è emerso solo nella fase di verifica dell'offerta, ha comunque rilievo sull'intera gara, in quanto dall'eventuale accoglimento discende l'esclusione dalla gara delle imprese in rapporto di collegamento.

Si tratta di motivi aggiunti formulati non avverso un nuovo atto, ma avverso l'aggiudicazione, per un profilo di illegittimità (aver ammesso la partecipazione di due ditte collegate), emerso, in via documentale, solo nella fase della verifica.

Pertanto l'eccezione non ha pregio.

La difesa di Croce Amica invece nella memoria di replica, rileva l'inammissibilità dei motivi aggiunti, per la mancata partecipazione alla fase di verifica delle offerte da parte della ricorrente.

Come già detto, allo stato degli atti, non ha alcun rilievo, sul piano processuale, la circostanza che la ricorrente non abbia ottemperato alla richiesta di presentazione delle giustificazioni.

3) Ciò premesso in rito, nel merito il Collegio ritiene meritevoli di accoglimento il secondo motivo del ricorso principale e la censura contenuta nei motivi aggiunti.

Come già rilevato in sede cautelare, le offerte di entrambe le concorrenti non risultavano remunerative: l'importo a base d'asta cui applicare lo sconto è costituito dai rimborsi massimi stabiliti dalla delibera Regionale VIII/002470 dell'11 maggio 2006, che prevede per il trasporto nell'area milanese un costo orario pari a € 33,47.

Lo sconto della prima e della seconda classificata sono stati rispettivamente del 17% e del 15,25%: quindi il rimborso si riduce a € 27,78 e € 28,37 (arrotondato).

La prima classificata ha dichiarato di applicare il CCNL delle cooperative sociali, che prevede come costo orario di operatori autisti, inquadrati nella categoria C3, € 14,97/ora: considerando che per ogni trasporto devono essere presenti almeno due operatori, ogni trasporto ha un costo di € 29,94, superiore rispetto al rimborso orario di 27,78€. Uguale conclusione per la seconda classificata, che applicando il contratto ANPAS, per le associazioni di volontariato, ha un costo orario del personale addetto di € 15,53: due addetti comportano un costo di 31,06 e quindi superiore al previsto rimborso.

Sostiene la difesa di Croce Amica che la delibera non prevede un costo orario, ma un rimborso per ogni trasporto e quindi in un'ora potrebbero essere effettuati più trasporti.

La difesa dell'ATI afferma che il rimborso previsto dalla Delibera Regionale sarebbe di € 87/ora, perché il capitolato farebbe riferimento alla autoambulanza di tipo A, unità mobile di terapia intensiva.

Entrambe le argomentazioni non sono sufficienti a provare la remunerabilità dell'offerta: infatti il rimborso di € 33,47 è la tariffa forfettaria urbana, per i comuni con popolazione superiore a 150.000 abitanti, per ogni intervento, compreso, per il Comune di Milano, il trasporto all'Ospedale S. Raffaele, mentre per il trasporto con il mezzo mobile di rianimazione con presenza a bordo di medico specialista il rimborso, di € 89,24, è previsto per ogni ora o

frazione di ora.

Pertanto, poiché per il trasporto urbano il rimborso è effettuato per ogni servizio, indipendentemente dalla durata, il costo è superiore al rimborso.

Altresì infondata la ragione giustificativa dell'Ati, dal momento che il rimborso di € 89,24 è solo per un trasporto con presenza di medico, e nessuna delle offerenti ha riportato detta voce.

Anche la tesi di Croce Amica, circa la possibilità di effettuare più trasporti in un'ora, contrasta *ictu oculi*, con dati oggettivi, quali l'estensione territoriale di Milano e la situazione di traffico di certe zone e di certe fasce orarie, che rendono affatto marginale l'ipotesi che in una sola ora sia possibile eseguire più trasporti.

La ricorrente ha quindi evidenziato importanti indici di anomalia dell'offerta, che avrebbero dovuto indurre la stazione appaltante, già nel corso della gara, ad avviare la verifica di eventuali profili di anomalia.

Per tale ragione, il motivo è fondato, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva impugnato con il ricorso principale.

4) Nei motivi aggiunti parte ricorrente lamenta la violazione dell'art 38 commi 1 e 2 D. Lgs. 163/2006, per l'esistenza di un collegamento sostanziale tra le due ditte partecipanti, rilevato dalle giustificazioni prodotte nel corso della verifica dell'offerta.

Il motivo è fondato.

Le giustificazioni presentano elementi di identità: stesso carattere, medesima impostazione e identità del contenuto. In adesione a ormai consolidato orientamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato. V, 30 novembre 2011, n. 6329; VI, 6 settembre 2010, n. 6469; VI, 27 luglio 2010, n. 4888; CIV, 19 ottobre 2006, n. 6212; VI, 13 giugno 2005, n. 3089), l'art. 38, primo comma lett. m-quater), il quale vieta la partecipazione alle gare d'appalto alle imprese in situazione di collegamento ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ., non può qualificarsi alla stregua di disposizione tassativa di stretta interpretazione, preclusiva dell'individuazione di fattispecie ulteriori di collegamento sostanziale tra imprese, che siano lesive del principio di segretezza delle offerte e dunque falsino la competizione e violino la par condicio tra le partecipanti alla gara.

L'ipotesi ex art. 2359 Cod. civ. integra una forma di presunzione *iuris tantum* di collegamento tra ditte partecipanti, mentre l'ipotesi del collegamento sostanziale va, di volta in volta, desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti alla gara, distorsivo delle regole di gara.

Applicando le enunciate coordinate normative e giurisprudenziali alla fattispecie *sub iudice*, non si può non concludere che le giustificazioni sono state formulate dallo stesso centro decisionale, mostrando quindi una situazione di collegamento tra le prime due classificate.

Non si tratta infatti di indici meramente formali, (tali sono stati ritenuti le buste simili, lo stesso indirizzo o il rilascio di una uguale polizza fideiussoria: in tal senso TAR Lazio, III, n. 33167/2010 cit.), ma nel caso de quo, oltre a indici formali (stesso carattere, stessa impostazione), è rilevante la identità del contenuto delle giustificazioni.

Debole risulta la tesi difensiva secondo cui la norma si riferisce alle offerte e quindi non può dedursi un collegamento dalle giustificazioni: la norma risponde all'esigenza di evitare l'ammissione alla gara di soggetti che, in quanto tra loro legati da comunanza di interesse tale da determinare l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, non garantiscono la competitività e il libero gioco della concorrenza.

Tali principi governano l'intero iter procedimentale, perché eventuali collegamenti che si vengono a creare anche durante la fase della gara, ledono la garanzia di concorrenzialità.

Pertanto la stazione appaltante deve escludere i soggetti le cui offerte provengano da un unico centro decisionale,

anche se il “collegamento” sorge nel corso della gara, come nel caso di specie, nella redazione delle giustificazioni.

5) Quanto sopra dedotto porta, in accoglimento del ricorso principale all’annullamento dell’aggiudicazione e in accoglimento ai motivi aggiunti, all’esclusione delle due ditte partecipanti alla gara.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna la Fondazione e le controinteressate, al pagamento in solido delle spese di giudizio, che liquida in € 6.000,00 (seimila), a favore del Consorzio ricorrente, oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2013

IL SEGRETARIO

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