



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 109 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Pulitori ed Affini S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Giuseppe Martelli, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Martelli in Cagliari, via San Lucifero, 56;

contro

Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Sassari, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Daniela Loi, con domicilio eletto presso l'avv. Alessio Vinci in Cagliari, via G. Deledda n. 74;

nei confronti di

Euro & Promos Group soc. coop. p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Paviotti e Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Usai in Cagliari, via Tola n. 6;

per l'annullamento

- della decisione dell'ERSU di Sassari, di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta della ricorrente, esplicitata con lettera del 9 agosto 2012;

- del provvedimento del 21 dicembre 2012, mai comunicato, con cui l'Ersu di Sassari ha ritenuto anomala l'offerta presentata dalla ricorrente per la gara finalizzata all'affidamento del servizio di pulizie dei locali dell'Ersu e con cui ha aggiudicato provvisoriamente la gara;

- dei verbali, sconosciuti, di valutazione delle congruità dell'offerta della ricorrente;

- del verbale con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente.

e, con i motivi aggiunti, avviati alla notifica il 7 marzo 2013 e depositati il 13 marzo 2013:

- della determinazione del Direttore Generale dell'ERSU, n. 4 del 4 febbraio 2013, con cui è stata dichiarata anomala l'offerta della ricorrente, con conseguente esclusione dalla gara; e aggiudicata alla società controinteressata;

- del verbale del 14 dicembre 2012, con cui l'ERSU di Sassari ha ritenuto anomala l'offerta presentata dalla ricorrente della decisione dell'Ersu di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta della ricorrente, esplicitata con lettera del 9.8.2012;

- del provvedimento del 21.12.2012 con cui l'Ersu di Sassari ha ritenuto anomala l'offerta presentata dalla ricorrente per la gara finalizzata all'affidamento del servizio di pulizie dei locali dell'Ersu e con cui ha aggiudicato provvisoriamente la gara;

- dei verbali di valutazione delle congruità dell'offerta della ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ERSU Sassari e di Euro & Promos Group Soc Coop Pa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2013 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Giuseppe Martelli per la ricorrente, l'avv. Alessio Vinci, su delega dell'avv. Daniela Loi, per l'ERSU, l'avv. Carla Putzolu per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara per la pulizia degli stabili dell'E.R.S.U. di Sassari, indetta dal medesimo ente. Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Al termine delle operazioni di gara, la commissione ha attribuito alla *Pulitori ed Affini S.p.A.* – quale somma del punteggio per l'offerta tecnica e del punteggio per l'offerta economica – 89,50 punti, individuandola come aggiudicataria provvisoria.

La stazione appaltante procedeva, poi, all'avvio della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, richiedendo alla *Pulitori ed Affini* la presentazione delle giustificazioni relative.

Al termine del contraddittorio procedimentale, svoltosi in vari momenti, nella seduta pubblica del 21 dicembre 2012 la commissione di gara comunicava alla ricorrente l'esclusione dalla gara per l'anomalia dell'offerta.

2. - Con il ricorso introduttivo, avviato alla notifica il 21 gennaio 2013 e depositato il successivo 6 febbraio 2013, la società impugna detta esclusione, deducendo articolate censure incentrate sulla illegittimità, per profili sia di rito che di merito, della procedura di valutazione della congruità dell'offerta.

Con i motivi aggiunti, di cui in epigrafe, la società ricorrente ha impugnato, altresì, la determinazione con cui l'ERSU ha approvato i verbali di gara della commissione giudicatrice, ha dichiarato anomala l'offerta della *Pulitori ed Affini* e, conseguentemente, ha pronunciato la sua esclusione dalla procedura; infine, ha aggiudicato definitivamente alla ditta "*Euro & Promos Soc. Coop.*" il contratto posto in gara.

3. – Si è costituita in giudizio l'E.R.S.U. di Sassari, chiedendo il rigetto del ricorso.

4. – Si è costituita anche la controinteressata *Euro & Promos*, chiedendo il rigetto del ricorso.

5. – Con ordinanza collegiale del 17 aprile 2013, n. 126, la Sezione ha fissato l'udienza per la trattazione del merito, ai sensi dell'art. 119, comma 3, del codice del processo amministrativo.

6. - All'udienza del 3 luglio 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. – Con il primo motivo, la società *Pulitori ed Affini* denuncia la violazione dell'art. 86, comma 3, del codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 163/2006), secondo cui «*in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*», atteso che la stazione appaltante ha avviato il procedimento facoltativo di verifica dell'anomalia dell'offerta della *Pulitori ed Affini* senza indicare quali fossero gli elementi specifici dell'offerta sulla base dei quali avviare la procedura.

Il motivo è fondato.

In linea di fatto, occorre precisare che, con nota del 9 agosto 2012, prot. n. 9462, la stazione appaltante aveva richiesto alla *Pulitori ed Affini* (nella sua qualità di aggiudicataria provvisoria) le giustificazioni dell'offerta, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del D.lgs. 163 del 2006, sul presupposto che «*la concorrente in indirizzo si è classificata al primo posto in graduatoria nella procedura aperta in oggetto*». Assume rilevanza, altresì, nel caso di specie, la circostanza rappresentata dalla insussistenza di quegli elementi che, ai sensi del comma 2 dell'art. 86

(«le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara»), avrebbero imposto di procedere alla verifica della affidabilità dell'offerta della *Pulitori ed Affini*. Circostanza che, con tutta evidenza, rivela anche la ragione per la quale l'amministrazione ha scelto di agire con lo strumento procedurale della verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta della *Pulitori ed Affini*.

Tuttavia, come esattamente dedotto dalla ricorrente, e come ribadito anche da recente giurisprudenza (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 17 aprile 2013, n. 3869), la norma di cui all'art. 86, comma 3, cit., subordina l'esercizio del potere di verifica, in tale ipotesi, alla indicazione di specifici elementi attinenti l'offerta, dai quali si possa supporre l'inattendibilità dell'offerta e la conseguente necessità di sottoporla a controllo.

Nel caso in questione, come emerge agevolmente dalla nota sopra citata, tale onere di motivazione è stato del tutto tralasciato.

Né tale lacuna può essere colmata facendo riferimento al verbale della seduta dell'8 agosto 2012, nel quale la commissione si riserva di verificare la congruità dell'offerta della *Pulitori ed Affini* «per l'importante ribasso praticato nonché per la ristrettezza dei costi di sicurezza». Si debbono, sul punto, condividere le argomentazioni della ricorrente, osservando, per un verso, che l'elemento del ribasso non può di per sé giustificare l'avvio della procedura, tenuto conto che – come affermato dalla commissione nello stesso verbale – il punteggio per l'offerta economica assegnato alla *Pulitori ed Affini* (89,5 pt) non ha superato il limite previsto dal comma 2 dell'art. 86 cit.; per altro verso, che il riferimento ai costi della sicurezza appare estremamente generico.

Ne deriva l'illegittimità della nota del 9 agosto 2012, con la quale l'ERSU ha dato avvio al procedimento di verifica dell'anomalia.

8. – Il motivo accolto è indubbiamente idoneo a travolgere, per illegittimità derivata, tutti gli atti impugnati dalla società, compresa l'aggiudicazione definitiva disposta nei confronti della controinteressata. Tuttavia, ciò comporterebbe – sotto il profilo processuale - l'assorbimento delle ulteriori censure dedotte con il ricorso e con i motivi aggiunti; sotto il profilo sostanziale, la possibilità per l'amministrazione di rinnovare il procedimento di verifica dell'anomalia, previa individuazione degli aspetti dell'offerta ritenuti indice di anomalia.

Nessuna delle due conseguenze appare conforme ai principi e alle norme che governano il giudizio amministrativo.

In primo luogo, sul piano del principio dispositivo e del principio della domanda, si deve rilevare come parte ricorrente abbia espressamente indicato, come suo interesse principale, quello all'aggiudicazione della gara e alla stipula del contratto; e solo in via subordinata, quello al rinnovo della procedura di verifica dell'anomalia.

In secondo luogo, a parte la generale avversione (espressa sia in dottrina che in giurisprudenza) per il metodo del c.d. assorbimento improprio dei motivi (ritenuto in contrasto con il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di cui all'art. 112 del codice di procedura civile, applicabile al processo amministrativo in quanto espressione di un principio generale del processo), non ricorrono nella controversia in esame nemmeno quelle situazioni (di c.d. assorbimento proprio) che potrebbero giustificare il mancato esame degli ulteriori motivi dedotti dalla parte.

In particolare, per quanto rileva nella fattispecie, il riferimento è all'ipotesi di assorbimento consentito per la circostanza che il rinnovo del procedimento, e quindi il riesercizio del potere amministrativo, comporti anche nuove determinazioni discrezionali riservate all'amministrazione (come nel caso dell'annullamento del provvedimento per la mancata comunicazione di avvio del procedimento; o nel caso di accoglimento del vizio formale costituito dalla mancata acquisizione del parere obbligatorio, se ciò imponga la rivalutazione dei profili discrezionali del potere e quindi – in ipotesi – un diverso contenuto delle nuove valutazioni). Nel caso di specie,

tuttavia, anche queste ipotesi non ricorrono, come si vedrà meglio in seguito, poiché gli ulteriori motivi dedotti non riguardano profili discrezionali del potere.

Infine, la necessità di procedere all'esame degli altri motivi si fonda anche sull'interesse delle parti ad ottenere una sentenza i cui effetti conformativi possano incisivamente orientare (l'eventuale) nuovo esercizio del potere, quantomeno nei limiti delle questioni accolte o rigettate. Interesse che fa capo sia alla parte ricorrente, per il caso di accoglimento del vizio prospettato; sia all'amministrazione resistente, per il caso di rigetto.

9. - Si deve, quindi, passare all'esame dei motivi aggiunti, con i quali la ricorrente contesta i singoli elementi in base ai quali la commissione giudicatrice ha formulato il giudizio di anomalia dell'offerta di *Pulitori ed Affini*, deducendo la violazione degli articoli 86, 87 e 88 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), nonché eccesso di potere per errore nei presupposti, travisamento, irrazionalità e disparità di trattamento

10.1. – Tali elementi, come risulta dal verbale della seduta del 14 dicembre 2012 (cfr. all. 28 della produzione documentale ERSU), sono rappresentati:

a) dal rilevato scostamento del costo del lavoro indicato nell'offerta, rispetto ai costi medi determinati nelle tabelle predisposte dal Ministro del Lavoro (ai sensi del comma 3-bis dell'art. 86 cit.), anche se la commissione infine afferma (p. 5 del verbale cit.) che *“quella relativa alle spese per il personale”* è *“l'unica voce congruamente motivata”*;

b) dalla mancata considerazione del costo relativo a n. 1 lavoratore inquadrato al IV livello;

c) dalla inadeguata stima dei costi di sicurezza aziendali, sia rispetto ai limiti prescritti dalle tabelle ministeriali (previsti in 150 euro per lavoratore), sia per la mancata previsione dei costi per le visite mediche e per l'esiguità della spesa preventivata per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale;

d) dalla inadeguata previsione delle spese generali;

e) dai costi relativi all'acquisto di macchinari e attrezzature, in quanto i preventivi sarebbero successivi alla data dell'offerta e non coprirebbero l'intera durata dell'appalto;

f) dalle migliorie offerte gratuitamente dalla *Pulitori ed Affini*, ritenute non giustificabili sia per il conseguente incremento di costi non contabilizzati nell'offerta economica, sia per l'assenza di economie di scala.

10.2. – Con riguardo ai rilievi sub a) e b), la ricorrente richiama innanzitutto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui i valori del costo del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali possono essere derogati dalle imprese in sede di giustificazioni. Rileva, altresì, che lo scostamento per gli operai di II livello, tra il costo orario indicato nell'offerta e quello indicato nella tabella (allegata al n. 17 della produzione documentale della ricorrente), sarebbe pari a circa il 9%; e non al 25% calcolato dalla commissione. Indica, infine, gli ulteriori benefici (minore aliquota INAIL, minori oneri in tema di TFR e di previdenza complementare per i lavoratori, bassa incidenza delle assenze del personale per malattia ed altri eventi) che consentirebbero di stimare un costo del lavoro effettivo inferiore anche a quello preventivato nell'offerta economica, che risulterebbe pertanto sovrastimato in via prudenziale; il che compenserebbe altre voci dell'offerta.. Tali benefici, pur precisati nelle giustificazioni, non sarebbero stati presi in considerazione dalla commissione.

Quanto all'unità da inquadrare nel IV livello, la ricorrente osserva come tale figura sarà impiegata in altro appalto, mentre nell'appalto ERSU saranno impiegati 16 lavoratori inquadrati al II livello.

10.3. – Le censure sono fondate, nei limiti precisati di seguito.

In effetti, considerato che la medesima commissione, come sopra riferito, concorda sulla congruità della spesa per il personale, la questione centrale dei punti in esame è costituita dall'asserzione della società ricorrente secondo cui il costo del personale sarebbe stato sovrastimato, ove si tenga conto delle agevolazioni e degli altri dati specificati nelle giustificazioni.

Sotto questo profilo, deve rilevarsi, in primo luogo, come la commissione giudicatrice non abbia fornito alcuna indicazione circa il modo in cui è pervenuta al calcolo dello scostamento tra il costo orario indicato dall'offerente e il valore ricavato dalle tabelle ministeriali. In secondo luogo, la commissione non ha esaminato, neppure sinteticamente, le favorevoli condizioni segnalate nelle giustificazioni presentate dalla *Pulitori ed Affini* (sopra richiamate). Il che si riflette anche su un evidente difetto e travisamento dei presupposti che inficia la valutazione finale avente per oggetto la complessiva attendibilità dell'offerta.

Deve ritenersi errato anche l'addebito formulato dalla commissione in ordine al mancato computo di n. 1 unità di IV livello, sia perché nelle giustificazioni l'impresa offerente aveva precisato che il lavoratore sarebbe stato comunque assunto, anche se non impiegato nei servizi presso l'ERSU; sia alla luce dei precedenti della Sezione (TAR Sardegna, sez. I, 3 luglio 2012, n. 657), in cui si è condivisibilmente osservato, per un verso, che l'obbligo di assumere il personale già impiegato nel servizio può essere assolto prevedendo (come nel caso di specie) l'utilizzazione del personale della precedente impresa anche in altri servizi della nuova azienda aggiudicatrice dell'appalto; e, per altro verso, che l'incidenza del predetto obbligo - sotto il profilo economico - non appare tale da determinare di per sé l'inattendibilità dell'offerta economica presentata dall'offerente.

10.4. – In ordine ai costi aziendali per la sicurezza [rilievo sub c)], la ricorrente sostiene che il parametro indicato nella tabella ministeriale è meramente orientativo, che può essere derogato dimostrando di poter sostenere un costo inferiore.

In realtà, la commissione giudicatrice basa il giudizio negativo (non sulla inderogabilità dei valori di cui alla tabella ministeriale ma) sullo scostamento tra il costo indicato dall'offerente (euro 51 per lavoratore) e quello di cui alla tabella (euro 150), ritenendolo "*non supportato da motivazioni condivisibili*".

Tuttavia, permane anche sotto questo profilo un *deficit* motivazionale da parte della commissione, posto che in linea generale la differenza tra i costi della sicurezza indicati in offerta (euro 812,71, per i 16 lavoratori impiegati) e quelli calcolati in base alla tabella (euro 2.400,00) risulta pari a poco meno di 1.600,00 euro, somma che appare inidonea a qualificare come inattendibile l'offerta.

Né appaiono plausibili le ulteriori considerazioni (si veda il verbale della seduta del 14 dicembre 2012, pagg. 2-3) che la commissione svolge sull'acquisto dei dispositivi di protezione individuali, posto che il fatto che il relativo preventivo sia stato acquisito in data successiva all'offerta non dimostra, di per sé, un accordo di carattere simulatorio tra fornitore e impresa; né può essere ritenuto esistente un obbligo di acquisire tali preventivi prima della presentazione dell'offerta.

In conclusione, anche sotto i profili appena esaminati, debbono essere accolte le doglianze della ricorrente (nei limiti esposti).

10.5. – Per quanto concerne i rilievi sub d) (spese generali) ed f) (servizi migliorativi), la ricorrente solleva un preliminare vizio procedimentale, in quanto la commissione non avrebbe richiesto le necessarie precisazioni (prescritte dall'art. 88, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006) su tali aspetti; pertanto, la ricorrente non avrebbe avuto la possibilità di presentare le opportune giustificazioni e chiarimenti.

La doglianza è fondata.

In linea di fatto, occorre precisare che sugli aspetti sopra indicati l'unica comunicazione intervenuta tra le parti, nel corso del contraddittorio procedimentale, è rappresentata dalla nota del 23 novembre 2012, prot. n. 15412 (cfr. all. n. 24 della produzione ERSU). Comunicazione, per altro, inidonea allo scopo, sia perché contiene esclusivamente la richiesta di giustificazioni su alcuni elementi dell'offerta (segnatamente: costi della sicurezza e spese generali), mentre nessun riferimento vien fatto ai servizi migliorativi offerti; sia perché tale nota non può assumere le funzioni delle c.d. precisazioni, di cui all'art. 88, comma 1-bis, cit. . La giurisprudenza del Consiglio di Stato, condivisa dal

Collegio, ha chiarito, infatti, non solo la «*incondizionata obbligatorietà del passaggio procedimentale di cui si tratta, in funzione di maggior garanzia dell'impresa sottoposta a verifica*», ma anche l'utilità del momento delle precisazioni per consentire all'impresa «*di rimediare alle manchevolezze delle giustificazioni inizialmente presentate. La relativa richiesta da parte della Stazione appaltante ha, tra le altre, anche la funzione di attirare l'attenzione del concorrente sulle zone d'ombra che le sue giustificazioni non hanno ancora chiarito, segnalando gli eventuali difetti d'impostazione delle giustificazioni stesse, affinché queste possano essere integrate*» (Cons. St., sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846).

Ne deriva come conseguenza la fondatezza delle censure esaminate.

10.6. – Infine, in relazione ai costi dei macchinari, attrezzature e prodotti di pulizia [sopra, sub e)], la ricorrente ripete le critiche già formulate (sopra, al punto 10.4) in ordine alla idoneità dei preventivi acquisiti a dimostrare i costi indicati in offerta e nelle giustificazioni, osservando altresì come la commissione abbia errato nel considerare la durata di tali preventivi.

Anche tali rilievi debbono essere accolti, sia per le ragioni già esplicitate (al punto 10.4), sia per l'erronea interpretazione che la commissione ha dato del contenuto del preventivo sugli acquisti dei prodotti di consumo (cfr. all. 21 della produzione documentale *Pulitori ed Affini*), il quale – nella parte in cui riconosce alla ditta un ulteriore sconto (“*bonus*”) da utilizzare entro il 31.12.2014 – prevede che le consegne possano essere fatte anche in date successive a quella indicata.

11. – Dall'analisi sopra svolta, appare del tutto evidente che il giudizio complessivo di anomalia dell'offerta della ricorrente è invalidato dalla erroneità e illegittimità dei profili esaminati, come dedotto con l'ultimo mezzo dei motivi aggiunti.

12. – In conclusione, ricorso e motivi aggiunti debbono essere accolti, nei sensi di cui alla motivazione che precede.

13. – La disciplina delle spese segue la soccombenza, per quanto concerne l'amministrazione resistente; sussistono giusti motivi per disporre la compensazione nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla la determinazione del Direttore Generale dell'ERSU di Sassari, n. 4 del 4 febbraio 2013.

Condanna l'ERSU di Sassari al pagamento delle spese giudiziali a favore della ricorrente, liquidate in euro 3.000,00 (tremila), oltre la rifusione del contributo unificato.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/10/2013

IL SEGRETARIO

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