

Publicato il 02/07/2021

N. 05077/2021REG.PROV.COLL.

N. 02948/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2948 del 2021, proposto da Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”, Meridionale Servizi Società Cooperativa S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli Avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Rocco Notarnicola, Carlo Tangari, Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’Avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria “Policlinico Riuniti” di Foggia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’Avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guglielmo Calderini, n. 68; Cosimo Damiano Donvito non costituito in giudizio;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Filippo Martinez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00335/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento della determinazione del Direttore dell'Area Patrimonio dell'Azienda Ospedaliero-universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia" n. 2691 del 25 agosto 2020 recante aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento quinquennale del servizio di pulizia e sanificazione degli stabilimenti della stessa Azienda, nonché di tutti gli comunque connessi e per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, ove stipulato, con accertamento del diritto dell'A.T.I. ricorrente al subentro nello stesso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l. e dell'Azienda Ospedaliero Universitaria "Policlinico Riuniti" di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2021, svoltasi in videoconferenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 1, del decreto-legge n. 28/2020 e 25, comma 1, del decreto-legge n. 137/2020, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Rocco Notarnicola, Carlo Tangari, Vito Aurelio Pappalepore e Davide Moscuza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determina del Direttore dell'Area del Patrimonio n. 2232 del 10.7.2019, l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia indiceva una procedura aperta ex art. 60 D.lgs. n. 50 del 2016, in modalità telematica, avente ad oggetto l'affidamento quinquennale del servizio di pulizia e sanificazione dei propri stabilimenti, per un valore complessivo stimato, IVA esclusa, di € 34.142.968,45.

All'esito della valutazione delle offerte, è risultata classificata al primo posto della graduatoria la concorrente Dussmann Service s.r.l., seguita nell'ordine dal RTI IdealService - La Lucente e dal RTI formato dalle ricorrenti, gestore uscente.

Il concorrente 2° classificato è stato escluso per non aver presentato nei termini le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta.

L'offerta di Dussmann Service s.r.l. veniva ritenuta congrua a seguito della verifica dell'anomalia condotta da un consulente esperto esterno, nominato con D.G. n. 384 del 25.6.2020 (Dott. Cosimo Donvito) al fine di valutare il più probabile costo del personale da sostenere; l'esito della perizia veniva condiviso dal RUP con verbale n. 14 del 31.7.2020.

In data 16.11.2020 si è, quindi, dato luogo alla stipula del contratto di appalto e il servizio viene svolto dalla nuova aggiudicataria a far data dal 1°12.2020.

2.- Con ricorso al TAR per la Puglia n.r.g. 1128 del 2020, le ricorrenti hanno impugnato l'aggiudicazione di cui alla determinazione del Direttore dell'Area del Patrimonio n. 2691 del 25.8.2020.

Le ricorrenti hanno, altresì, impugnato la deliberazione del Direttore generale n. 384 del 25.6.2020 con cui è stato individuato il consulente esterno cui demandare la verifica delle giustificazioni prodotte.

2.1.- Le ricorrenti lamentavano la mancata esclusione dell'aggiudicataria ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del codice dei contratti pubblici per grave illecito professionale; in subordine, censuravano la nomina del consulente esterno sia nell'*an* che nel *quomodo* in quanto carente delle motivazioni poste a base della scelta

del dott. Donvito quale consulente esterno e, infine, contestavano che il RUP si sarebbe limitato a prendere atto delle conclusioni del consulente senza alcuna volizione propria, sostanzialmente abdicando all'esercizio del potere-dovere di valutare la congruità dell'offerta.

2.2.- Con motivi aggiunti, le ricorrenti lamentavano l'insufficienza della valutazione di congruità sotto diversi aspetti, concludendo nel senso che l'offerta è tale da configurare una secca perdita per l'aggiudicataria, alternativa solo ad una sensibile riduzione delle prestazioni promesse.

3.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR respingeva il ricorso e i motivi aggiunti, compensando tra le parti le spese di giudizio.

4.- Con l'appello in esame, le ricorrenti censurano la sentenza, innanzitutto, per aver rigettato il motivo con cui avevano denunciato la manifesta inadeguatezza dell'istruttoria in ordine alla resa oraria (mq/ H, secondo le tabelle dell'AFIDAMP per tipologia di rischio) elemento centrale nel contesto di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia.

Il numero di ore offerto sarebbe oggettivamente inidoneo a garantire il corretto espletamento del servizio, mentre, ad avviso delle appellanti, sarebbero state necessarie all'espletamento del servizio ben 16.165 ore mensili, cioè il doppio di quelle indicate dall'aggiudicataria.

L'offerta sarebbe, inoltre, incongrua perché sottostima alcune voci di costo diverse dal costo del personale (ad es. per materiale di consumo).

Infine, non sarebbe stato chiarito come mai il RUP non si è avvalso della Commissione ed ha nominato un consulente esterno e rimarrebbero ignoti i criteri con cui è stata effettuata la scelta.

Il consulente, avrebbe, peraltro, verificato un solo aspetto dell'anomalia dell'offerta, il costo della manodopera.

5.- Resistono in giudizio l'aggiudicataria e l'Azienda ospedaliera, che chiedono il rigetto dell'appello.

5.1. - L'Azienda ripropone l'eccezione di irricevibilità del ricorso notificato oltre il termine di trenta giorni dalla conoscenza della intervenuta aggiudicazione e tardivi sarebbero anche i motivi aggiunti notificati oltre 15 giorni dopo il rilascio della documentazione, avvenuta il 16.9.2020.

L'appello sarebbe inammissibile, oltre che infondato, non potendosi spingere il sindacato giurisdizionale fino alla sostituzione delle valutazioni compiute della stazione appaltante in assenza di macroscopiche illogicità.

6.- Alla pubblica udienza del 10 giugno 2021, a seguito di scambio di memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato e, può prescindere pertanto dall'esame dell'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo di primo grado e dei motivi aggiunti e dell'eccezione di inammissibilità sollevate dall'Azienda appaltante.

1.1.- Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è immune dai vizi denunciati e l'esito della verifica non presenta macroscopiche illogicità ed arbitrarietà.

1.2.- Va premesso che secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudizio di anomalia costituisce espressione di tipico potere - tecnico discrezionale riservato alla Pubblica Amministrazione, insindacabile in sede giurisdizionale se non per manifesta erroneità, irragionevolezza e/o inadeguatezza dell'istruttoria, senza che possa essere sostituita alla verifica compiuta dall'Amministrazione una autonoma valutazione di congruità delle offerte da parte del concorrente controinteressato o del giudice (cfr. tra le tante, C.d.S. A.P. 29.12.2012, n. 36, Sez. V, 28.10.2019, n. 7391; 12.2.2020, n. 1066; Sez. III 19.9.2019, n. 6248 e 29.3.2019, n. 2079).

Inoltre, l'esame dell'offerta anomala va condotto complessivamente e non per singole voci, con giudizio globale e sintetico, al fine di valutarne la serietà e affidabilità nel suo complesso ed eventuali inesattezze o inadeguatezze di singole voci sarebbero irrilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara (C.d.S., Sez. V, 18.12.2018, n. 7129; 29.1.2018, n. 589).

1.3.- Alla luce di tali consolidati principi interpretativi, va ritenuto legittimo il giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria formulato dalla stazione appaltante.

Circa l'affermata inadeguatezza dell'istruttoria in ordine alla resa oraria (specie con riguardo alle aree ad alto rischio) è condivisibile la sentenza appellata secondo cui l'Amministrazione, che non ha indicato un numero minimo di ore di servizio, nel determinare l'importo a base di gara pari ad euro 20.082.600,00 ha stimato i costi della manodopera, ai sensi dell'art. 23, comma 16, del codice dei contratti, in euro 10.567.117,60, e tale stima è stata condotta tenendo conto, sulla base delle tabelle ministeriali, di un certo numero di ore e di una resa oraria media, in funzione di tutti i livelli di rischio e per metro quadrato.

Sulla base di questo parametro certo, l'offerta dell'aggiudicataria per la voce costo della manodopera (pari ad euro 11.318.824,93, oltre euro 128.364,38 di riserva) appare più che congrua, a prescindere dal numero di ore lavorate per i 60 mesi di contratto, a meno di voler considerare incongrua la stessa stima posta a base di gara (censura che però le ricorrenti non svolgono).

Tale decisivo argomento, fa ritenere irrilevanti i rilievi delle ricorrenti circa l'inidoneità del numero di ore offerto dall'aggiudicataria e della resa oraria in quanto difformi dalle tabelle redatte dall'associazione AFIDAMP che non sono stati assunti a parametro di riferimento dalla lex di gara.

Neppure vale a superare tale argomento il riferimento delle ricorrenti alle decisioni di questa Sezione che hanno ritenuto utile parametro di riferimento le tabelle AFIDAMP per orientare le valutazioni del seggio di gara (sentenza n. 4478/2020). Nel caso in esame, si ribadisce, non si è in presenza di uno scostamento *in pejus* del costo previsto dall'offerta "anomala" rispetto alla medesima voce della base d'asta e la perizia ha dato atto della coerenza del numero di operatori e delle ore dichiarate rispetto al servizio da svolgere e all'organizzazione del servizio proposta, oltre che del rispetto delle tabelle ministeriali e dei trattamenti salariali minimi contemplati dal CCNL di settore.

2.- Con altro motivo, le ricorrenti censurano l'offerta dell'aggiudicataria per non aver computato alcune voci di costo (costo di materiali che sarebbe stato quantificato in modo insufficiente, secondo un calcolo del tutto parziale).

Le ricorrenti asseriscono che il costo di fornitura dei pannetti, sostituiti ogni 20 mq, che nell'offerta Dussmann è indicato in euro 2,05, realisticamente avrebbe dovuto calcolarsi invece in euro 7 cadauno, per un totale di 15.360 pannetti, con spesa complessiva annuale di euro 107.520 e non di 42.000 euro.

La controinteressata, di contro, ha fornito adeguata giustificazione del minor costo ipotizzato attraverso la produzione del preventivo del fornitore ICA System ed ha argomentato nel senso che per alcune aree di medio e basso rischio è previsto l'utilizzo di macchinari lavasciuga/spazzatrici per attività di detersione e disinfezione che consente di risparmiare il 15% del numero di pannetti, i quali sono stati comunque cautelativamente quantificati senza tener conto di tale riduzione.

Il Collegio non può che ribadire l'irrilevanza della censura che mira a dimostrare l'inattendibilità di singole voci di costo, tanto più allorché si tratti di voci di costo "secondarie" nell'economia dell'appalto, come nel caso dell'affidamento dei servizi di pulizia in cui la voce di gran lunga più considerevole è rappresentata dal costo della manodopera, mentre il valore di altre componenti non è idoneo a far venir

meno la complessiva efficienza e utilità del servizio per la stazione appaltante, né la convenienza e l'utile per l'affidataria in modo complessivamente significativo.

Peraltro, come osserva la stazione appaltante, alcune voci di costo contestate sono ricomprese nell'offerta (vedi l'acquisto di trasmettitori, smartphone e gestione del software CollegaMe, pari a euro 10.000 annue, ricompreso nel canone di noleggio dei carrelli applicato dalla ditta produttrice); oppure le voci di costo sono state stimate in modo coerente al tipo di interventi proposti (intervento di implementazione dei locali lavanderia mediante parete in cartongesso e acquisto lavatrici per importo complessivo di 43.000 euro e trattamento/recupero acque reflue; sistema AOP-RIL per un importo di 12.000 euro, il cui costo di acquisto ricomprende anche la fornitura e posa in opera – cfr. giustificazioni del 25.6.2020).

3.- Con riguardo al subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta, si osserva che la richiesta di consulenza esterna da parte del RUP rientra nella scelta discrezionale dello stesso, cui è affidata la detta verifica, non essendo il giudizio di congruità di competenza della Commissione di gara, le cui incombenze sono limitate alla valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico ex art. 77 D.lgs n. 50/2016 (Sez. III 5.6.2020, n. 3602).

Ove il RUP ritenga necessario per la verifica di un elemento di particolare complessità approfondire l'istruttoria avvalendosi dell'ausilio di un tecnico esterno specializzato, ben può adottare tale soluzione e non è obbligato a rivolgersi alla Commissione o a dipendenti interni (C.d.S. Sez. V, 13.11.2019, n. 7805; sez. III 5.6.2020 n. 3602).

Non ritiene il Collegio che l'art. 23 del disciplinare di gara possa interpretarsi nel senso di vincolare il RUP ad avvalersi esclusivamente della Commissione per la verifica dell'offerta anomala, atteso che la norma precisa che il RUP si avvale della Commissione "se ritenuto necessario".

La norma diversamente interpretata restringerebbe illegittimamente i poteri istruttori del RUP.

3.1. - Neppure può sostenersi fondatamente che l'aver preso atto delle risultanze del parere tecnico da parte del RUP equivalga a spogliarsi della propria competenza o recepirne acriticamente le conclusioni: il RUP ha manifestato di condividere le valutazioni tecniche del consulente e, a tal fine, non si richiede una diffusa motivazione, che sarebbe, viceversa, necessaria, secondo le regole generali, ove il parere tecnico acquisito venisse disatteso (C.d.S. Sez.III, 20 maggio 2020, n. 3207). D'altra parte, come rileva anche il primo giudice, l'acquisizione di parere tecnico presuppone una specifica competenza i cui esiti, salvo macroscopiche illogicità o errori, non si vede come potrebbero essere disattesi dal Responsabile del procedimento che tali specifiche competenze ammette di non possedere per il fatto stesso di risolversi ad avvalersi di un esperto.

Va, peraltro, osservato che il consulente esterno è stato nominato in seconda battuta, a seguito della richiesta di seconde giustificazioni il 9 giugno 2020 esclusivamente sul costo della manodopera; mentre in una fase precedente le giustificazioni prodotte in data 28.5.2020 erano state esaminate dal RUP, che ha ritenuto di dover approfondire esclusivamente l'ulteriore aspetto del costo della manodopera (cfr verbale n. 12 del 19.5.2020 e nota del 5.6.2020 del RUP All 1 prodotto dall'Azienda in I grado).

E' inammissibile per genericità e difetto di interesse, peraltro, la censura concernente la mancata esternazione dei criteri che hanno presieduto alla scelta del professionista incaricato, che è avvenuta in assenza di risorse interne dotate di adeguata competenza tecnica ed è caduta su commercialista e consulente del lavoro, sicuramente competente a svolgere le valutazioni in materia di costo del lavoro, le uniche valutazioni "delegate" dal RUP con la nota del 5.6.2020, come emerge dal testo della stessa relazione tecnica.

4.- In conclusione, l'appello va rigettato.

5.-Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO