



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 10461 del 2009, proposto dalla società GSA s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Gentile e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza della Croce Rossa 2/B,

contro

l'Università degli studi Mediterranea di Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi 12,

nei confronti di

Euro & Promos Group soc. coop. p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaella Arcangeli e Angelo Piazza, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via L. Robecchi Brichetti 10,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZIONE STACCATA DI REGGIO CALABRIA - n. 01047/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI PULIZIA - RIS. DANNI;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università e della società appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2010, il consigliere Paolo Buonvino;

Uditi, per le parti, l'avv. Reggio D'Aci, per delega dell'avv. Manzi, l'Avv. dello Stato Maddalo e gli avv.ti Cinquemani e Pannicelli, per delega dell'Avv. Piazza;

Visto il dispositivo 15 aprile 2010, n. 252;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1) - Con il ricorso di primo grado è stato chiesto l'annullamento:

- dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto per l'affidamento triennale del servizio di pulizia dei locali dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria adottata dalla Commissione di gara nella seduta del 19 aprile 2009, nonché del riscontro positivo delle giustificazioni sull'offerta rese dal controinteressato R.T.I. in sede di verifica dell'offerta sospetta di anomalia;

- dell'aggiudicazione definitiva in data 4 maggio 2009.

Con il ricorso era anche chiesto il risarcimento danni ove, nelle more del giudizio, fosse divenuto impossibile o non più conforme al miglior proseguimento dell'interesse pubblico l'affidamento della commessa pubblica alla ricorrente.

Con la sentenza impugnata il TAR ha respinto il ricorso.

In particolare, ha rilevato, il TAR, che era contestata, dalla ricorrente, la legittimità del giudizio di valutazione dell'anomalia dell'offerta, reso dal RUP dell'Amministrazione aggiudicatrice, in relazione, specificatamente, alle voci inerenti al costo del lavoro e alla sicurezza sul lavoro.

Al riguardo, i primi giudici hanno osservato che la ratio del procedimento di verifica dell'anomalia consisteva nell'assicurare la piena affidabilità della proposta contrattuale, con la conseguenza che era rilevante un esame complessivo dell'offerta, condotto con giudizi connotati da discrezionalità tecnica che non potevano essere limitati a singole parti o singole componenti del prezzo globale, pur se questi, in ipotesi, si fossero discostati dai valori medi di mercato; e che, nel caso in esame, nessuna delle censure proposte da parte ricorrente si rivelava tale da manifestare un giudizio di eccessiva o manifesta contraddittorietà o palese insufficienza nelle determinazioni dell'Amministrazione, specie con riferimento all'offerta globalmente intesa .

Ciò premesso, il TAR ha rilevato che la legge n. 327/2000 non determina autoritativamente un costo del lavoro rilevante agli effetti degli appalti pubblici, quale intervento regolatorio sui prezzi ai fini amministrativi e che il D.M. 16 giugno 2005, adottato in base alla normativa di cui alla legge ora detta, espressamente qualifica il costo del lavoro ivi indicato quale dato medio, suscettibile di scostamenti in relazione alle caratteristiche del caso, quindi rilevante essenzialmente come componente motivazionale delle giustificazioni da fornire alla Stazione appaltante.

Ebbene, secondo il TAR, quanto al costo del lavoro, le relative componenti non erano contrastanti con le tabelle ministeriali e, quanto ai costi della sicurezza, la controinteressata, in sede di contraddittorio, aveva fornito giustificazioni che, nel loro complesso, non potevano ritenersi superate dalle censure di parte ricorrente, essenzialmente trascurando la circostanza che l'offerta di parte controinteressata aveva mantenuto fermo l'importo degli oneri per la sicurezza (stabiliti nel DUVRI), offrendo, invece, un diverso valore in relazione ai diversi costi per la sicurezza “aziendali”.

Osservavano, ancora, i primi giudici, che la parte controinteressata aveva anche addotto, tra le proprie giustificazioni, la possibilità di limitare le visite mediche alla sola visita iniziale ed obbligatoria, lasciando la quantificazione delle ulteriori visite periodiche (di norma, non inferiori ad una all'anno) a dopo la quantificazione del rischio operata dal medico competente; e che la parte medesima, a tale proposito, aveva indicato che, in base alla propria esperienza maturata e certificata, non si prevedeva la necessità di ulteriori visite in corso d'opera, se non occasionali; sebbene, secondo il TAR questo fosse l'unico elemento delle giustificazioni fornite da parte controinteressata in relazione al quale le censure di parte ricorrente acquistavano un effettivo rilievo critico (in quanto la mera "stima", per quanto supportata dall'esperienza aziendale dell'offerente, di un numero esiguo di visite mediche non valeva a giustificare, di per sé, la previsione di un costo inferiore a quello che si sarebbe dovuto quantificare in relazione ad un numero periodico costante di visite mediche), tuttavia, essendo questo l'unico elemento apprezzabile di dette doglianze, esso non valeva da solo a sorreggere la censura e la domanda di annullamento dell'intera valutazione di anomalia, sia per la sua ridotta incidenza generale sul contesto dell'offerta, sia per la circostanza che, a ben guardare, era la stessa prospettazione di parte controinteressata, fornita in sede di giustificazioni, a vincolarla al rispetto di un più rigoroso criterio di organizzazione delle visite mediche per il personale impiegato, che era condizionato all'esito della prima visita (a seguito della quale sarebbe stata la responsabilità del medico competente e, conseguentemente, dell'Amministrazione appaltante in sede di controllo periodico e permanente del rispetto delle condizioni dell'offerta, a determinare il numero e la frequenza delle ulteriori visite di controllo).

Per le considerazioni che precedono il TAR ha respinto il ricorso.

2) – La sentenza è impugnata dall'originaria ricorrente che ne deduce l'erroneità sotto ogni profilo.

Anzitutto, in quanto non sarebbe vero quanto affermato dai primi giudici in merito al fatto che i costi minimi per la sicurezza di cui al d.m. del 16 aprile 2008 varrebbero solo a soddisfare l'esigenza della stazione appaltante di conoscere il costo standard della sicurezza nella fase di predisposizione del bando di gara, mentre, ai sensi delle leggi nn. 296/2006 e 123/2007, il costo individuato dalla fonte ministeriale non varrebbe solo ad indirizzare la S.A. stessa nella predisposizione del bando di gara, ma anche a costituire parametro di necessario riferimento in sede di valutazione dell'anomalia delle offerte.

L'appellante si richiama, inoltre, al disposto di cui all'art. 86, comma 3 *ter*, del d.lgs. n. 163/2006, a mente del quale “il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta”; norma tanto più rilevante ove si consideri che, con l'abrogazione, ad opera dell'art. 1, comma 909, delle legge n. 296/2006, della lettere e) dell'art. 87, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, sarebbe venuto meno il disposto secondo cui sarebbero state possibili giustificazioni riguardanti “il rispetto delle norme vigenti in materia di sicurezza e condizioni di lavoro” (ciò che renderebbe anche inammissibile ogni differenziazione tra costi da “interferenza” e costi “aziendali”, posta, invece, da parte dell'aggiudicataria, a base delle proprie giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia e condivise dalla stazione appaltante).

Si deduce, inoltre, con l'appello che il giudizio sulla congruità dei costi della sicurezza formulato dall'Amministrazione (e condiviso dal TAR) in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta del RTI aggiudicatario sarebbe del tutto illogico e immotivato, in primo luogo, nella parte in cui ha ritenuto sufficiente un onere di 1,50 euro annui a dipendente per ciò che attiene all'acquisto delle dotazioni di protezione individuale (divise estive e invernali, guanti monouso, mascherine protettive etc.), non avendo offerto al riguardo – si assume – l'aggiudicataria alcun concreto e verificabile elemento giustificativo di un costo così

esiguo; al riguardo, si deduce anche che avrebbero errato i primi giudici nel ritenere valido elemento di giustificazione il fatto, addotto dall'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia, secondo cui una parte del costo relativo alla sicurezza aziendale sarebbe già stato considerato tra gli oneri previsti per l'attuazione del piano di sicurezza predisposto dalla S.A., laddove i rispettivi oneri, anche ai sensi della delibera dell'AVCP n. 3/2008, non avrebbero potuto essere confusi, e ciò non senza considerare che, al riguardo, nessun elemento sarebbe stato offerto dall'aggiudicataria provvisoria a supporto dei propri generici assunti.

Sul piano, poi, della sorveglianza sanitaria obbligatoria – deduce, ancora, l'appellante – lo stesso TAR ha condiviso (e, sul punto, il RTI appellato non avrebbe svolto motivi d'appello incidentale, con la conseguente formazione del giudicato al riguardo) la censura relativa alla insostenibilità dell'allegazione dell'ATI aggiudicataria in merito alla sufficienza di una sola visita medica a dipendente per l'intero triennio, a fronte dell'obbligo di legge di visite periodiche almeno annuali di cui all'art. 41, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008; non di meno, i primi giudici avrebbero errato nel ritenere che, nell'economia dell'offerta, tale circostanza rivestisse una ridotta incidenza generale sul contesto dell'offerta, così da manifestarsi come irrilevante; al contrario, ad avviso dell'appellante, se fossero stati debitamente valutati i costi di cui si tratta così come desumibili dalle apposite tabelle ministeriali (del 16 aprile 2009), l'offerta dell'appellata, oltre che contraria alla disciplina normativa di settore, sarebbe risultata anche ingiustificatamente in perdita.

Neppure sarebbe condivisibile, poi, quanto affermato dal TAR in merito al fatto che la responsabilità in merito alle visite successive alla prima, per ciascun dipendente, sarebbe stata del medico competente e, conseguentemente, dell'Amministrazione appaltante in sede di controllo periodico e permanente delle

condizioni dell'offerta, in quanto l'affidabilità di questa deve essere in essa implicita e non rimessa a valutazioni postume affidate al medico e/o alla S.A.

A tutto ciò si aggiunge, sempre ad avviso dell'appellante, anche la circostanza – erroneamente non esaminata dai primi giudici – secondo cui irragionevolmente per la voce relativa al sottoparametro “notifiche d'infortunio e sorveglianza sanitaria” al RTI aggiudicatario sarebbe stato assegnato, pur in presenza delle oggettive carenze al riguardo di cui si è detto, il massimo del punteggio (3 punti).

Anche per ciò che attiene alle giustificazioni relative al costo di formazione del personale, poi, non potrebbe condividersi quanto ritenuto dal TAR in merito agli apprezzamenti operati dalla S.A. con i quali è stata esclusa l'anomalia dell'offerta del RTI controinteressato; nessuna valida giustificazione sarebbe stata, invero, fornita in merito al fatto che sarebbe stato ipotizzato, al riguardo, un costo annuo per dipendente (per formazione e DPI) pari ad appena € 1,50; e che tali oneri minimi non avrebbero potuto essere giustificati semplicemente dal fatto che quel raggruppamento sarebbe già stato operativamente presente in zona, espletando un analogo appalto a favore dell'Agenzia delle Entrate di Reggio Calabria; e ciò in ragione del fatto che il servizio, a favore di detta Amministrazione, sarebbe stato espletato con soli 5 dipendenti, così da non poter giustificare il predetto elevatissimo differenziale, produttivo di un totale assorbimento dell'utile d'impresa, se non addirittura di una prestazione in perdita.

A giudizio dell'appellante avrebbero, poi, errato i primi giudici anche nel ritenere congrua l'offerta dal raggruppamento aggiudicatario per ciò che attiene al costo del lavoro; anche in tal caso – con specifico riferimento al personale di II livello – sarebbe stato prospettato un importo orario inferiore di ben cinquanta centesimi rispetto ai valori minimi salariali e, al riguardo, contrariamente all'assunto della S.A. (e del TAR), nessun elemento sarebbe stata offerto in grado di giustificare detto minore importo rispetto alle tabelle ministeriali; né sarebbe satisfattiva, al riguardo,

“la vidimazione dell’Ispettorato del Lavoro avvenuta il 18.02.2009” (così la sentenza impugnata), in quanto resa da un Ispettorato del lavoro (quello di Udine) diverso da quello di effettuazione del servizio (Reggio Calabria); né avrebbe potuto rilevare, contrariamente a quanto asserito dal TAR, il fatto che una delle componenti del raggruppamento era un’impresa artigiana; ciò in quanto, negli stessi giustificativi dell’offerta, il raggruppamento controinteressato avrebbe escluso ogni rilievo, sul piano dei costi del personale, di detta circostanza; né, infine, sarebbero state illustrate particolari condizioni favorevoli atte a giustificare detta riduzione del costo orario del lavoro.

L’appellante ribadisce, poi, in via del tutto subordinata (nell’ipotesi di mancato accoglimento delle censure che precedono) gli ulteriori motivi di primo grado (che, sempre secondo la deducente, il TAR, erroneamente, non avrebbe esaminato) e, in particolare, quello relativo alla contestata competenza del RUP ad avviare e condurre il sub procedimento di verifica di congruità dell’offerta sospetta di anomalia ed a concluderlo mediante adozione del contestato giudizio di affidabilità dell’offerta del RTI aggiudicatario.

Si sono costituiti in giudizio l’Università appellata e il RTI controinteressato, che insistono per il rigetto del gravame e la conferma della sentenza impugnata.

Con ordinanza 1° febbraio 2010, n. 520, è stata accolta l’istanza di sospensione dell’efficacia della sentenza impugnata.

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono i rispettivi assunti difensivi.

3) – L’appello merita accoglimento nei termini che seguono.

La controversia verte sulla coerenza delle valutazioni espresse dal RUP, poi fatte proprie dalla Commissione valutatrice della gara, con le quali è stato escluso, a seguito di apposita verifica, che l’offerta dell’impresa aggiudicataria fosse affetta da anomalia.

La problematica sollevata, al riguardo, dall'originaria ricorrente e odierna appellante verte, come precisato nell'esposizione che precede, sui seguenti aspetti:

- anzitutto, se possa ritenersi che gli oneri di sicurezza aziendale possano essere quantificati, dalla concorrente, in misura inferiore rispetto ai valori indicati nella tabella ministeriale pubblicata nella G.U. del 16 aprile 2008 (150,00 euro annui a lavoratore per DPI, visite mediche etc.);
- in subordine, ove fosse ammissibile tale rimodulazione degli oneri di sicurezza aziendale, nella specie non sarebbero stati forniti elementi sufficienti a giustificare la rilevantissima riduzione prospettata (a fronte di circa 50.000,00 euro triennali, correlati ai predetti 150,00 euro a lavoratore per anno, sono stati prospettati oneri per circa 11.000,00 euro per l'intero triennio; valore inverosimile tale da incidere, in definitiva, sullo stesso, già modesto, utile d'impresa, quantificato in circa 11.000,00 euro triennali; utile destinato ad essere eroso e persino azzerato ove solo si fossero correttamente quantificati i costi di sicurezza aziendali, per i quali, tra l'altro, all'aggiudicataria sarebbe stato assegnato un incongruo punteggio massimo in sede di gara);
- se siano, poi, congrui i costi per il personale di II livello indicati dall'aggiudicataria, che sarebbero, su base oraria, ingiustificatamente inferiori rispetto a quelli indicati nella citata tabella ministeriale;
- in ulteriore subordine (condizionato, peraltro, dalla stessa originaria ricorrente e odierna appellante - al rigetto delle censure che precedono) si ribadisce la censura di primo grado, non esaminata dal TAR, di incompetenza del RUP ad effettuare la verifica dell'anomalia.

Ritiene il Collegio che il motivo formale di incompetenza del RUP a pronunciare sull'anomalia, seguito dalla semplice presa d'atto da parte della Commissione (che non risulta avere effettuato alcuna autonoma valutazione), trova conforto in precedenti analoghi di questo Consiglio (Sezione V, 22 gennaio 2008, n. 3108; 5

luglio 2006, n. 4267; 13 maggio 2002, n. 2579; decisioni dai cui contenuti non vi è ragione di discostarsi); in effetti, non risulta che la Commissione abbia operato alcun proprio, diretto apprezzamento della relazione tecnica redatta dal RUP e degli specifici contenuti di essa, e ciò sebbene spettasse alla Commissione medesima la valutazione dell'anomalia; l'ufficio (anche se competente nel settore al quale attiene l'oggetto della gara) può, infatti, dare pareri d'ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara con aggiudicazione all'offerta più vantaggiosa, ma non può essere rimesso allo stesso il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte allorché sia stata costituita un'apposita Commissione valutatrice, la cui semplice presa d'atto dell'attività compiuta dal RUP non soddisfa all'esigenza che la valutazione delle offerte non venga - nei suoi contenuti concreti e, in special modo, nelle sue tematiche di rilevanza giuridico-interpretativa – sottratta al vaglio dell'organo specificamente deputato a valutare i contenuti delle offerte stesse; attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta non di carattere comparativo, ma pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta stessa, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste.

Nel caso in esame, non risulta che una siffatta indagine sia stata operata dalla Commissione valutatrice, non rilevando, in contrario, la predetta presa d'atto in quanto, come si ripete, non accompagnata da alcuna puntuale analisi delle indicazioni offerte dal RUP; indicazioni, queste, destinate a chiarire compiutamente il percorso logico dallo stesso seguito, con l'attenta verifica della veridicità degli assunti giustificativi addotti dalla parte; e con il conseguente onere, per la Commissione valutatrice, di apprezzare la piena sufficienza o meno delle indicazioni così offerte e, all'occorrenza, di richiedere ulteriori integrazioni

giustificative laddove l'indagine del RUP presenti lacune o profili di genericità e mancata verifica di rispondenza al vero di quanto affermato dal soggetto concorrente ai fini della verifica dell'anomalia (lacune lamentate in più occasioni dall'odierna appellante con riguardo, ad esempio, alle giustificazioni afferenti alla congruità dei costi della sicurezza, del costo del lavoro, alle visite sanitarie etc.); verifica che, tra l'altro, nel caso di specie, come rilevato dallo stesso TAR, ha inoppugnatamente prestato il fianco a critica per ciò che attiene alla sorveglianza sanitaria obbligatoria.

La fondatezza di tale motivo formale appare assorbente, anche se l'appellante lo porge come estremamente subordinato; sennonché, sul piano logico, spetta comunque alla stazione appaltante, a mezzo della Commissione valutatrice, e non direttamente al giudicante di valutare l'eventuale anomalia dell'offerta; con la conseguenza che non avrebbe senso verificare, in questa sede, le complesse operazioni valutative in concreto poste in essere dal RUP, dal momento che competerà all'organo collegiale anzidetto (o, se del caso, ad una Commissione all'uopo delegata dalla stessa stazione appaltante, giusta art. 88, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, ove la Commissione valutatrice di gara non fosse, a tal fine, adeguata) di operare un complessivo riesame, valutando la documentazione già in atti acquisita dal RUP ed operando, all'occorrenza quelle ulteriori acquisizioni istruttorie che, anche tenuto conto delle problematiche in questa sede ventilate, potranno indurre ad un compiuto riesame della posizione dell'aggiudicataria provvisoria in punto di anomalia dell'offerta; donde, in definitiva, il carattere preliminare dell'esame della censura in questione, assorbita dai primi giudici e qui, ad ogni buon conto, riproposta, mentre nessun vincolo per il giudicante può ricollegarsi all'ordine delle censure così come formulato dall'appellante, non spettando a quest'ultimo stabilire la priorità logica in merito all'ordine di trattazione delle censure formulate in ricorso.

4) - Nei limiti che precedono, quindi, l'appello in epigrafe va accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza e in accoglimento del ricorso di primo grado, deve disporsi l'annullamento degli atti in quella sede gravati, fermi restando, naturalmente, gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Non può essere accolta, invece, la domanda risarcitoria in quanto sarà solo all'esito del riesame che potrà verificarsi se l'offerta dell'appellata avesse o meno carattere anomalo e solo nel primo caso potrà essere presa in considerazione un'eventuale istanza di risarcimento.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione VI, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte in ricorso di primo grado.

Condanna l'Università appellata e la società Euro & Promos s.c.p.a. al pagamento delle spese del doppio grado, che liquida in favore dell'appellante in complessivi € 6.000,00(seimila/00), da ripartirsi in parti uguali, oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Barbagallo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere, Estensore

Domenico Cafini, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione