



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 392 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Cooperativa Sociale Ctr Comunicazione Territorio Relazioni Onlus Coop per
Azioni, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Massa, Marcello Vignolo, con
domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

contro

Asl 7 - Carbonia, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Contu, con domicilio
eletto presso il suo studio in Cagliari, via Ancona n. 3;

nei confronti di

Medicasa Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cataldo, Umberto
Cossu, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Umberto Cossu in Cagliari, via
Satta n. 33;

per l'annullamento

- della deliberazione del commissario della Asl 7 n. 565/C del 21.4.2010 che, dopo
aver ritenuto congrue le giustificazioni sull'anomalia dell'offerta, ha aggiudicato alla
Medicasa il servizio triennale per l'Assistenza domiciliare integrata; nonché di tutti
gli atti presupposti, collegati e consequenziali, anche non conosciuti dalla

ricorrente, compresi - per quanto occorrer possa - gli atti della commissione che ha esaminato l'offerta di Medicasa e l'ha considerata economicamente sostenibile.

- e con i successivi motivi aggiunti depositati il 25 maggio 2010:

oltre che dei medesimi atti sopra indicati anche, per quanto occorrer possa, del verbale della commissione di gara del 9.4.2010, che ha ritenuto congrue le giustificazioni di Medicasa.

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

visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl 7 - Carbonia e di Medicasa Italia Spa;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2010 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente partecipava, aggiudicandosela, alla gara bandita dalla Asl 7 Carbonia il 7.11.2005, per il servizio triennale di assistenza domiciliare integrata (ADI) col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ditta Medicasa impugnava l'aggiudicazione sopra citata dinnanzi a questo Tribunale amministrativo regionale. La sentenza del T.a.r. n. 806/2007 accoglieva il ricorso incidentale proposto da CTR e dichiarava improcedibile il ricorso principale proposto da Medicasa.

La sentenza veniva riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5778 del 2007 che accoglieva la censura del ricorso principale di Medicasa secondo cui il controllo sull'anomalia dell'offerta di CTR era stato carente.

L'Amministrazione si ritrovava, quindi, a seguito della sentenza del Consiglio di Stato, a rinnovare la verifica sull'anomalia dell'offerta.

La commissione giudicatrice, all'uopo riconvocata, si riuniva il 15.01.2008 e confermava, con nuova motivazione, l'originario giudizio positivo sull'offerta di CTR.

Medicasa impugnava anche questo atto con un ricorso per ottemperanza a seguito del quale il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6216 del 2008, affidava ad una commissione tecnica composta da tre esperti nominati dal Presidente della Giunta regionale della Sardegna il compito di rinnovare il giudizio sull'anomalia.

Anche la commissione tecnica aveva ritenuto economicamente sostenibile l'offerta di CTR. Medicasa, quindi, ricorreva nuovamente dinanzi al Consiglio di Stato chiedendo che fosse lo stesso Giudice a decidere direttamente sulla congruità dell'offerta, senza nominare un nuovo commissario ad acta.

Con la sentenza n. 6369/2009, il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso e affermava l'anomalia dell'offerta di CTR e, di conseguenza, la sua esclusione dalla gara.

Veniva, quindi, sottoposta a verifica l'offerta di Medicasa, e, con la deliberazione n. 565/C del 21.04.2010, il commissario della ASL 7 approvava gli atti della Commissione che il 9.4.2010 aveva ritenuto congrui i chiarimenti resi dalla stessa ditta.

Avverso l'aggiudicazione disposta in favore di Medicasa è insorta la Cooperativa CTR deducendo articolate censure di seguito sintetizzabili:

nullità ex art. 21 septies comma 1 della L. 241 del 1990;

violazione dell'art. 89 comma 3 del d.lgs. 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto di motivazione;

violazione dell'art. 10 lettera b) della L. 241 del 1990;

violazione della direttiva 2004/18/CE ed in particolare degli artt. 2 e 55.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si è costituita l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

In data 25 maggio 2010 la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti per l'annullamento del verbale della commissione di gara del 9.4.2010.

In data 24 maggio 2010 e 17 giugno 2010 la difesa dell'Amministrazione depositava memorie difensive.

In data 19 maggio, 17 giugno e 13 novembre 2010 la difesa di Medicasa depositava memorie.

Alla udienza pubblica del 24.11.2010 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

La risoluzione della vicenda controversa deve essere preceduta da una accurata ricostruzione delle censure dedotte dalla ricorrente avverso gli atti impugnati.

Ciò consente una parallela ricostruzione in fatto della complessa quanto singolare controversia.

Il primo motivo di ricorso può essere così sintetizzato.

Secondo la ricorrente, le componenti invariabili utilizzate per giudicare l'attendibilità della sua offerta, devono necessariamente valere anche per l'altra concorrente.

A dire di CTR, l'offerta di Medicasa deve essere verificata assumendo quelle stesse componenti, comprese il coefficiente del 10% per spese generali, del 15% per utili e del 3% per oneri di sicurezza, come fisse e definitivamente accertate.

Poiché non è stato consentito a CTR di giustificare l'offerta indicando, ad esempio, una minore aliquota di spese generali, non è lecito accogliere una giustificazione di Medicasa che evidenzia dette spese in percentuale inferiore. Secondo CTR così facendo si violerebbero elementari regole in materia di procedure concorsuali, escludendo la prima classificata perché la sua offerta non consente di sostenere

determinati margini di utili e spese generali, per poi affidare il servizio alla seconda benché questa asserisca d'aver percentuali (e quindi costi totali) inferiori a quelli accertati contro la prima.

In ordine al costo del lavoro, la ricorrente afferma che per dimostrare la sostenibilità della propria offerta, Medicasa dovrebbe dimostrare che il suo costo del lavoro è enormemente inferiore a quello di CTR in ragione di particolari sgravi contributivi o per altre ragioni ammissibili; qualsiasi altra giustificazione alternativa dev'essere respinta o perché in contrasto con il giudicato del Consiglio di Stato oppure perché irragionevole e comunque illegittima.

Con il secondo motivo la ricorrente afferma che l'insieme degli accertamenti istruttori consacrato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 6396/09 impone una conclusione: poiché i costi del servizio sono quelli accertati dal Consiglio di Stato, la gara era viziata sin dall'origine per avere previsto un compenso inferiore a quello necessario per coprire i costi.

Con il terzo motivo, deduce la violazione dell'art. 10 bis della L. 241 del 1990 in quanto l'Amministrazione aveva l'obbligo di valutare e quindi di motivare adeguatamente in merito alle questioni ad essa sottoposte con la raccomandata del 24.02.2010.

Con il quarto motivo la ricorrente afferma che, anche ammettendo che il Consiglio di Stato non avesse commesso errori nel calcolo dei costi del servizio, poiché proprio in virtù di quel calcolo CTR è già stata esclusa, non si può pensare di correggerlo adesso a solo vantaggio della Medicasa.

Chiede quindi, in subordine rispetto agli altri motivi dedotti, che la questione sia devoluta alla Corte di Giustizia dell'Unione europea perché questa accerti se una simile disparità di trattamento tra l'esame dell'anomalia del primo e quello del secondo classificato sia compatibile con le norme e, prima ancora, con i fondamentali principi comunitari.

Risulterebbero infatti violati l'art. 2 della Direttiva nonché l'art. 55.

Con l'atto di motivi aggiunti la ricorrente, acquisito il verbale del 9.4.2010, specifica ulteriormente le contestazioni sopra già illustrate.

Queste le censure.

Punto 1. La Commissione riunitasi nel gennaio 2008 e il Consiglio di Stato hanno accertato che, nel servizio in oggetto i costi minimi di sicurezza ammontano al 3% del totale.

Secondo CTR, poiché nei suoi confronti è stato accertato che gli oneri di sicurezza ammontano al 3% e anche per questo l'offerta è stata giudicata anomala, in linea di principio questa medesima percentuale deve applicarsi anche all'offerta di Medicasa.

L'offerta di Medicasa è di € 1.844.686,00 per ogni anno di servizio. Il 3% di tale importo corrisponde a circa 55.000 euro. CTR, nelle proprie giustificazioni aveva indicato 30.000 euro. Per la voce "Oneri per la sicurezza e la dotazione dei dispositivi di sicurezza al personale" Medicasa indica 2.000 € annui. In termini percentuali, quindi, Medicasa ha stanziato lo 0,11% del totale.

Punto 2. Altro punto su cui le giustificazioni di Medicasa sarebbero state accettate dalla ASL è quello dell'utile d'impresa.

L'utile complessivo dell'appalto doveva essere indicato alla voce A4. Medicasa ha previsto un utile di € 29.928. Il primo rilievo che fa CTR è che se si volessero stanziare per gli oneri di sicurezza le somme necessarie, come si è dedotto nella censura precedente, tale utile scompare e si trasforma in una perdita netta di oltre ventimila euro.

CTR rileva poi un'altra incongruenza. Secondo le giustificazioni di Medicasa, gli € 29.828,00 annui di utile sarebbero equivalenti al 14,91%. CTR rileva che non si capisce a cosa corrisponda questo dato. Difatti, l'offerta è pari ad € 1.844.686,00

per ogni anno di servizio. Su tale importo, □ 29.828 corrispondono a una percentuale di 1,62. Su tale incongruenza la Commissione nulla dice.

Vi sarebbe, in definitiva, un errore nella determinazione dell'utile che vizia gli atti impugnati per eccesso di potere per difetto d'istruttoria, manifesta illogicità e difetto di motivazione.

Punto 3. CTR ribadisce poi che il Consiglio di Stato, con la più volte citata sentenza 6369/09 ha compiuto l'operazione di aggiungere ai costi vivi dichiarati da CTR il 3% di spese di sicurezza, il 10% di spese generali e il 15% di utile. Ebbene, a dire di CTR, il rigore con cui la sua offerta è stata valutata deve essere doppiato dallo stesso rigore con cui deve essere valutata l'offerta di Medicasa, dato che non è possibile consentire nella stessa gara due metri di valutazione differenti.

Punto 4. CTR si sofferma poi su altre voci della offerta di Medicasa che fanno apparire la stessa inattendibile. Con riguardo agli oneri necessari per la dotazione di mezzi e automezzi, oneri di trasferta per il personale, di gestione dei mezzi, di carburante e manutenzione, Medicasa prevede 8.000 □ di spesa mentre in realtà, a dire di CTR sarà necessaria una somma di circa quindici volte superiore.

Punto 5. Altra voce dell'offerta di Medicasa su cui si sofferma CTR è quella relativa agli Oneri generali che reca una previsione di 3.000 □ complessivi.

Punto 6. A dire di CTR, le giustificazioni di Medicasa sarebbero inaccettabili anche nella parte riferita al costo delle poche figure professionali rispetto alle quali le è stato richiesto di giustificare l'offerta. Queste figure erano quelle dei due farmacisti, dei due assistenti amministrativi e dei due addetti di farmacia. Nelle sue giustificazioni Medicasa ha esposto tutti i costi del personale in questione riferendolo a 52 settimane annue di servizio in questo modo sottostimando di almeno il 10% i costi effettivi dimenticando che durante le cinque settimane di ferie annue e permessi che per contratto collettivo spettano ai dipendenti, quei sei lavoratori devono essere sostituiti per garantire la continuità del servizio.

L'amministrazione, a dire della ricorrente, avrebbe dovuto, se non escludere direttamente Medicasa, almeno chiedere chiarimenti perché le giustificazioni violerebbero il capitolato di gara (che richiede che il servizio sia garantito anche quando i dipendenti stabilmente assunti sono in ferie o in malattia) oltre che l'art. 25 comma 2 del d.lgs. 157/1995 e 87 del d.lgs. 163 del 2006.

Il ricorso è infondato.

Punto decisivo e sostanzialmente unico della controversia è costituito dall'interpretazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 6396 del 2009.

Secondo l'impostazione seguita dalla ricorrente il Consiglio di Stato avrebbe statuito in sentenza che taluni elementi di costo valutati in sede di analisi dell'offerta di CTR dovrebbero costituire parametro invariabile per valutare le altre offerte. Questo, in sintesi, l'argomento su cui si fonda l'intera controversia introdotta da CTR per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione disposta nei confronti di Medicasa.

La tesi, pur abilmente e suggestivamente argomentata dalla difesa della ricorrente, non convince il Collegio.

Più semplicemente, il Consiglio di Stato ha disposto l'esclusione di CTR poiché la sua offerta si poneva al di sotto dei minimi tariffari inderogabili ed era complessivamente anomala.

Chiaro è, che l'analisi del Consiglio di Stato, non poteva che riferirsi alla offerta di CTR, e gli elementi di costo ivi analizzati non possono essere utilizzati come parametri fissi ed invariabili per l'analisi dell'offerta di altra concorrente.

L'offerta di ogni concorrente è, infatti, formulata sulla base della specificità della propria organizzazione e gli elementi di costo di ogni singola offerta devono essere valutati, come è accaduto nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, in relazione a quella specificità.

La pretesa, quindi, di utilizzare gli elementi di costo di CTR per valutare la congruità dell'offerta di Medicasa come se le voci di costo di ogni offerta dovessero essere identiche non può trovare accoglimento.

Si tratta di vedere, invece, se l'offerta di Medicasa, peraltro neppure sospetta di anomalia ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 163 del 2006, tenuto conto che essa non superava i 4/5 del punteggio sia per la parte tecnica sia per la parte economica, fosse o meno anomala sulla base di una valutazione effettuata su quell'offerta e non sugli elementi di costo di CTR.

Valgono quindi i pacifici principi ormai consolidati in giurisprudenza, in base ai quali **in sede di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta, non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non erroneo né illogico formulato dall'organo amministrativo, cui la legge attribuisca la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.**

Di conseguenza, nella verifica dell'anomalia, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguarda voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, a causa dei residui dubbi circa l'idoneità dell'offerta, insidiata da indici strutturali di carente affidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 09 dicembre 2010 , n. 2676).

Così non è per l'offerta di Medicasa.

Proprio questa Sezione, non ha mancato di precisare, recentemente, che **“ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta in una gara d'appalto, le percentuali**

per spese generali ed utile d'impresa "non sono incomprimibili" con la conseguenza che aliquote inferiori ben possono essere ammissibili, dal momento che trattasi di elementi la cui incidenza è variabile da impresa ad impresa” (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 09 dicembre 2010 , n. 2676).

E ancora, proprio questa Sezione ha avuto modo di affermare che “la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto; è, infatti, ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse” (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 26 novembre 2007 , n. 2123).

L'esame dell' anomalia deve essere condotto in modo da mettere in risalto il carattere irrealistico dell'offerta, verificando se le voci di spesa su cui si fonda il calcolo effettuato dal concorrente siano fittizie o lontane dalla normale pratica nel settore. Tale indagine deve tenere conto della libertà di cui ciascuna impresa dispone nell' organizzazione della propria struttura e del personale (T.A.R. Lombardia Brescia, 26 marzo 2004 , n. 254).

Cade pertanto, tutto l'impianto argomentativo costruito dalla difesa della ricorrente, che non è condiviso dal Collegio alla luce di pacifici principi da tempo affermati anche da questa Sezione.

E' necessario, da ultimo, precisare quanto segue.

Con riguardo, in particolare alla voce “oneri generali” su cui la ricorrente si sofferma diffusamente appare evidente quanto sostenuto dalla difesa di Medicasa e

cioè che gli importi indicati (2.000 □ annui per la sicurezza, 29.828 □ l'utile annuo, e 8.000 □ il costo degli automezzi e gli oneri di trasferta per il personale) sono riferiti alle prestazioni di cui alla lettera A del capitolato e non all'intero appalto.

Vero è, infatti, che il capitolato distingue i servizi di supporto all'organizzazione (lettera A) e i servizi di supporto a prestazione (lettera B) cosicché l'articolazione dell'offerta di Medicasa si pone in perfetta coerenza con tale distinzione.

In ordine alla asserita incongruità del costo delle figure professionali rispetto alle quali è stato richiesto a Medicasa di giustificare l'offerta è agevole rilevare quanto segue.

Secondo la ricorrente, nell'indicare il costo del lavoro, Medicasa non avrebbe considerato il costo per la manodopera occorrente per coprire le ore di assenza dei dipendenti, incidente comunque sul datore di lavoro.

Così non è.

Il costo medio orario, con riferimento a ciascun livello retributivo, indica il costo dell'ora lavorativa effettiva, comprensiva dei costi di sostituzione che il datore di lavoro deve sopportare per malattia, ferie, permessi, assenteismo.

Sul datore di lavoro, un'ora effettivamente lavorata grava, in termini di costo, per un ammontare frazionario di un importo che è già comprensivo di tutti gli elementi considerati nell'apposita tabella ministeriale.

Il costo medio orario esprime non quanto il datore di lavoro paga per quell'ora al lavoratore (e quanto paga per contributi ecc. per quell'ora), ma quanto gli costa quell'ora e la frazione di ora che non viene prestata dal lavoratore assente e viene prestata dal sostituto, frazione determinata dal rapporto fra ore annue teoriche e ore effettivamente lavorate.

Nessuna delle censure dedotte dalla ricorrente è, quindi, idonea ad individuare un vizio invalidante gli atti impugnati.

Il ricorso è, in definitiva, infondato e deve essere rigettato.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Gianluca Rovelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/02/2011

IL SEGRETARIO

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