



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1011 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio A.S.P. Onlus, rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Robaldo e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso il primo in via Pietro Mascagni, 24 a Milano

contro

Azienda Ospedaliera “Ospedale San Carlo Borromeo”, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato nel cui studio in Milano, via Dante, 16 è elettivamente domiciliata

nei confronti di

Consorzio Co.Lo.Coop, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Avolio nel cui studio a Milano in viale Gian Galeazzo, 16 è elettivamente domiciliato

per l'annullamento

- della deliberazione n. 73 del 18.2.2011, con cui l'Azienda Ospedaliera "Ospedale San Carlo Borromeo" ha disposto l'esclusione del Consorzio A.S.P. ONLUS dalla gara preordinata all'affidamento del servizio di supporto infermieristico nei reparti dell'Azienda Ospedaliera Ospedale San Carlo Borromeo ed ha aggiudicato l'appalto al Consorzio Co.lo.coop;
- della nota prot. n. 2779/2011 del 10.3.2011 con cui sono state comunicate al Consorzio l'esclusione e l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 del D.Lgs n. 163/2006;
- dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e di aggiudicazione definitiva (espressa o tacita) disposti in favore del Consorzio Co.lo.coop;
- della delibera a contrarre e degli atti costituenti la disciplina di gara, con particolare riferimento al bando, al disciplinare (art. 8), al capitolato e al "Pre DUVRI";
- degli allegati agli atti suddetti, con particolare riferimento al modello gamma recante "schema offerta economica";
- degli atti e dei verbali di gara;
- del diniego di autotutela espresso o tacito posto in essere dall'A.O.;
- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con l'atto impugnato, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

- nonché, in forza di ricorso per motivi aggiunti:

- della deliberazione n. 666 del 22.9.2011, trasmessa a mezzo fax in data 22.9.2011, con cui l'Azienda Ospedaliera ha disposto per la seconda volta l'esclusione del Consorzio A.S.P. ONLUS dalla gara, nonché dell'allegato A (prot. 319/2011 del 22.9.2011) alla deliberazione n. 666/2011, del processo verbale 16.9.2011, della nota dell'A.O. del 12.9.2011, della nota dell'A.O. del 8.8.2011 e di tutti gli atti, ancorché non noti, concernenti il subprocedimento per la verifica di anomalia condotto nei confronti del Consorzio A.S.P. Onlus;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 del cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente a "conseguire l'aggiudicazione e il contratto";

nonché per la condanna

ai sensi e per gli effetti della L. n. 1034/1971, del D.Lgs. n. 80/1998 e degli artt. 121, 122 e 124 del cod. proc. amm. al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica e la conseguente condanna della stazione appaltante a far subentrare la ricorrente nel contratto e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ospedale San Carlo Borromeo e di Consorzio Co.Lo.Coop;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Co.Lo.Coop. Consorzio Lombardo Cooperative;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando spedito dalla G.U.U.E. in data 5 maggio 2010 l'Azienda Ospedaliera "Ospedale S. Carlo Borromeo" di Milano indiceva una procedura di gara per l'aggiudicazione, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di supporto infermieristico per l'importo di Euro 1.307.000, oltre IVA.

Il bando di gara precisava che tale importo doveva considerarsi comprensivo anche dei costi della sicurezza non oggetto di ribasso ammontanti ad Euro 13.000.

L'articolo n. 8 della lex specialis prevedeva altresì che le imprese partecipanti avrebbero dovuto redigere l'offerta economica in conformità al modulo ad essa allegato ("modello gamma"), il quale tuttavia, indicava come base d'asta sulla quale operare il ribasso l'importo totale di Euro 1.307.000, senza decurtare da tale somma gli oneri per la sicurezza.

Il Consorzio ASP ONLUS presentava la propria offerta attenendosi al modello allegato al bando e indicava, così, la percentuale di ribasso sull'importo complessivo posto a base d'asta senza operare lo scorporo dei costi per la sicurezza.

Nonostante ciò, l'offerta veniva in un primo momento ritenuta ammissibile e, al termine delle operazioni compiute dalla Commissione, risultava essere quella economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia, a seguito di un esposto presentato da parte della seconda classificata, Consorzio Co.lo.Coop, la Stazione appaltante procedeva alla esclusione del Consorzio A.S.P. dalla gara in quanto il ribasso offerto comprendeva anche gli oneri per la sicurezza in contrasto con quanto previsto dall'art. 86 comma 3 ter del D.Lgs 163 del 2006.

Avverso tale provvedimento l'interessato proponeva ricorso innanzi a questo Tribunale per i seguenti

MOTIVI

1) Violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, in particolare del principio della massima partecipazione; violazione del principio di collaborazione della pubblica amministrazione con i cittadini; violazione degli articoli 20, 27, 38, 46 e 86 del D.Lgs. 163 del 2006, degli artt. 3 e 6 della L. 241/1990 e dell'art. 97 Cost.; erronea e falsa applicazione del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento, difetto di istruttoria e motivazione,

irragionevolezza e illogicità manifesta.

Il Consorzio non avrebbe violato l'art. 86 comma 3 ter del D.Lgs. 163/06 in quanto l'importo da esso offerto, in conformità al modello allegato al disciplinare di gara, doveva ritenersi comprensivo della somma di Euro 13.000 corrispondente ai costi per la sicurezza da considerarsi al netto di ogni ribasso.

Qualora l'Amministrazione non avesse ritenuto corretta l'offerta in tal modo formulata, avrebbe dovuto chiedere chiarimenti alla impresa partecipante, giusto il disposto degli artt. 3 e 6 della L. 241 del 1990 e 46 del D.Lgs. 163 del 2006.

Con ordinanza resa nella camera di consiglio del 20 aprile 2011 il Tribunale adito sospendeva il provvedimento di esclusione.

Il Consorzio A.S.P. veniva, quindi, riammesso con riserva alla gara per esserne, poi, tuttavia, nuovamente escluso a seguito della valutazione della anomalia della sua offerta effettuata dalla Stazione appaltante, previa acquisizione ed esame delle relative giustificazioni.

Anche tale provvedimento di esclusione è stato impugnato dal Consorzio A.S.P. con ricorso recante i seguenti

MOTIVI AGGIUNTI

1) Violazione dei principi di massima partecipazione e proporzionalità; violazione del principio di collaborazione della p.a. con i cittadini; violazione degli articoli 20, 27, 38, 46, 86, 87, 88 3 89 e del D.Lgs. 163 del 2006; violazione dell'art. 9 del disciplinare di gara; sviamento di potere; eccesso di potere per travisamento, difetto

di istruttoria e motivazione, contraddittorietà, irragionevolezza; violazione dell'interpello n. 38/011 del Ministero del Lavoro; violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche con particolare riferimento ai principi di proporzionalità e favor participationis; incompetenza.

L'impresa partecipante non sarebbe stata posta nelle condizioni di predisporre tutta la documentazione necessaria per rispondere agli articolati quesiti posti dalla Stazione appaltante a causa della eccessiva brevità dei termini ad essa assegnati per produrre le sue giustificazioni e per il fatto che l'Amministrazione, in sede di audizione orale, ha richiesto ulteriori documenti a cui mai aveva fatto riferimento in precedenza.

L'incompletezza della istruttoria avrebbe fatto sì che il giudizio finale sia stato espresso dall'Amministrazione in termini dubitativi ed ipotetici, quando, invece, un supplemento di istruttoria avrebbe potuto definitivamente chiarire tutti i punti rimasti oscuri.

Il procedimento di anomalia sarebbe stato condotto esclusivamente dal responsabile unico del procedimento, senza interpellare la Commissione di gara, né costituirne una nuova.

La Stazione appaltante sarebbe, inoltre, incorsa in un evidente errore metodologico allorchè ha considerato il modesto margine di utile indicato nelle giustificazioni presentate dal ricorrente come indice di incongruità dell'offerta, senza considerare lo scopo mutualistico e non lucrativo del Consorzio A.S.P. Essa avrebbe, inoltre, errato

anche nel valutare le giustificazioni presentate dal Consorzio come se l'appalto dovesse avere una durata annuale, non considerando le economie di scala che derivavano dalla sua durata pluriennale.

Rilevanti errori o incongruenze sarebbero state, inoltre, compiute dall'Amministrazione anche nella valutazione delle singole voci di costo individuate dal Consorzio a giustificazione della propria offerta.

Si sono costituite l'Azienda Ospedaliera e la controinteressata per resistere al ricorso. Quest'ultima ha altresì proposto ricorso incidentale.

All'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2012, sentiti gli avvocati delle parti come da separato verbale, relatore il dott. Raffaello Gisondi, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Nell'ordine di trattazione delle questioni il Collegio ritiene per ragioni logiche e di economia di giudizio di dare la precedenza all'esame del ricorso per motivi aggiunti con cui si contesta l'esclusione del Consorzio A.S.P. in ragione della anomalia dell'offerta da esso presentata.

L'infondatezza di tale ricorso, infatti, rende superflua la delibazione sia del primo atto di esclusione del medesimo Consorzio dalla gara, che si basa sulla difformità della sua offerta dalle previsioni dell'art. 86 comma 3 ter del D.Lgs, 163 del 2006, sia delle censure formulate dalla controinteressata nel suo ricorso incidentale che tendono ad

evidenziare ulteriori motivi di esclusione non rilevati dalla Stazione appaltante.

Venendo all'esame del merito della censura occorre evidenziare come il procedimento di valutazione della anomalia si sia svolto nel pieno rispetto del principio del contraddittorio.

Con la nota del 30 giugno 2011 il responsabile del procedimento ha informato il Consorzio del sospetto di anomalia dell'offerta, chiedendone la ricostruzione analitica in relazione a singole voci puntualmente individuate nel costo dei materiali, delle attrezzature, della manodopera, della percentuale di spese generali e di quella dell'utile. La nota chiedeva altresì al concorrente di indicare le particolari condizioni di favore che potevano giustificare il ribasso e la analitica ripartizione del costo del lavoro in sottovoci con la dimostrazione del rispetto dei minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva applicata.

A fronte di una risposta non sempre analitica e, comunque, priva di documentazione di supporto, la Stazione appaltante ha inviato al concorrente una nuova nota in data 8 agosto 2011 nella quale già si evidenziavano tutte le perplessità in relazione alle singole componenti dell'offerta che poi hanno condotto alla sua esclusione.

Il Consorzio ha, quindi, avuto modo di conoscere tutti i dubbi prospettati dall'Amministrazione aggiudicatrice e di chiarire la propria posizione. Cosa che ha fatto con la successiva risposta del 18 agosto del 2011.

Vi è stato inoltre un ulteriore puntuale confronto sui singoli elementi non ancora chiariti nella audizione orale avvenuta il 16 settembre 2011.

Tanto a basta a smentire i rilievi del ricorrente che lamentano senza ragione la genericità delle richieste dell'Amministrazione ed un "uso strumentale" dei termini previsti dall'art. 88 del D.Lgs. 163 del 2011.

A parte il fatto che l'Amministrazione ha agito in conformità a quanto previsto dagli artt. 87 e 88 del D.Lgs. 163 del 2011, con cui il legislatore ha puntualmente stabilito quali debbano essere i passaggi che scandiscono il contraddittorio nel sub procedimento di valutazione della anomalia dell'offerta, occorre osservare che i rilievi dell'amministrazione si sono fatti via via più analitici in relazione alla progressiva specificazione delle giustificazioni da parte della Impresa concorrente.

Inoltre, anche l'audizione orale del 16 settembre 2011 si è svolta sui medesimi temi che avevano formato oggetto della precedente richiesta di chiarimenti dell'8 agosto che, in quella sede, sono stati analiticamente approfonditi in un serrato confronto con l'impresa.

Solo in relazione a due punti (ampiamente) discussi nella audizione finale il Consorzio si è riservato di produrre nuovi documenti (contrattazione decentrata e spese generali). Tuttavia, il concorrente non ha specificato di quali ulteriori documenti si trattasse e come la loro produzione avrebbe potuto mutare il quadro fattuale ricostruito dalla Stazione appaltante.

A fronte di ciò, pertanto, non vi era alcun obbligo dell'Amministrazione di procrastinare ulteriormente la conclusione del procedimento.

Infondata è anche la censura con cui l'Impresa lamenta che la valutazione della anomalia sia stata effettuata dal responsabile del procedimento anziché dalla Commissione nominata per la valutazione delle offerte.

Sul punto il Collegio deve osservare che l'indirizzo giurisprudenziale invocato dalla ricorrente non è univoco.

Si è affermato, infatti, che qualora il responsabile del procedimento sia dotato di adeguate competenze tecniche non è necessario l'intervento della Commissione (T.A.R. Brescia, sez. II, 17 maggio 2011, n. 732; T.A.R. Roma, sez. III, 21 gennaio 2011 n. 643).

Nella fattispecie concreta, peraltro, non si vede come una commissione composta da solo personale medico (a parte il funzionario dell'Ufficio approvvigionamenti) avrebbe potuto effettuare le valutazioni di tipo economico - aziendale necessarie per stabilire la congruità dell'offerta presentata dal Consorzio; mentre, al contrario, il RUP (in qualità di responsabile dell'Ufficio approvvigionamenti) non solo rivestiva un ruolo professionale appropriato al compito svolto, ma ha altresì dimostrato di essere in grado di effettuare con la dovuta perizia l'esame di congruità dell'offerta.

Anche i rilievi mossi contro le valutazioni effettuate

dall'Amministrazione in relazione alle singole voci di costo sono infondate.

Il Consorzio mette in discussione il rilievo attribuito dalla Stazione appaltante alla voce spese generali che, a suo giudizio, potrebbe anche essere pari a zero.

Il Collegio non condivide tale impostazione. Si tratta infatti di una voce di costo che tiene conto degli oneri generali sostenuti da un'impresa per l'esecuzione della commessa i quali, anche a prescindere dalla prescrizione oggi contenuta nell'art. 32 del D.P.R. 207/2010, devono necessariamente figurare nel suo conto economico, essendo impensabile che un operatore economico di un certo rilievo non debba sostenere oneri per dotarsi di una sede amministrativa, per l'amministrazione del personale e per ogni altro onere di carattere generale.

Nel caso di specie il Consorzio nelle sue giustificazioni ha indicato una percentuale irrisoria di spese generali pari al 0,57% del valore dell'appalto giustificandola attraverso una tabella riepilogativa delle singole voci di costo aziendali che essa ha ritenuto essere imputabili alla commessa.

Attraverso l'esame del bilancio trasmesso dal Consorzio l'Amministrazione ha rilevato l'incompletezza dei costi indicati nella suddetta tabella, i quali non terrebbero conto dei costi generali di produzione evidenziati in bilancio, e, in particolare, di quelli afferenti gli oneri finanziari, le prestazioni di servizi a favore di terzi e per il

godimento di beni di terzi.

Il Consorzio sul punto si è limitato ad affermare che le predette voci del conto economico del suo bilancio si riferirebbero ad altre commesse.

Si tratta, tuttavia di affermazioni apodittiche ed indimostrate di cui l'Amministrazione non poteva tener conto.

Peraltro, diversamente da quanto afferma il Consorzio, l'Amministrazione non aveva alcun obbligo di chiedere la produzione della contabilità analitica aziendale dalla quale potessero emergere i costi effettivi imputabili alle diverse commesse.

Infatti, l'onere di giustificare la propria offerta spettava al Consorzio. Questi di fronte alle reiterate richieste dell'Amministrazione non avrebbe dovuto limitarsi a compilare una tabella riepilogativa avulsa dai dati contabili ufficiali, ma avrebbe, invece, dovuto fornire tutti i riscontri documentali necessari a far comprendere come tale tabella poteva raccordarsi con le risultanze di bilancio.

Il Consorzio ha altresì giustificato la ridotta percentuale delle spese generali affermando che la Cooperativa Paxme, che avrebbe direttamente eseguito la commessa, poteva beneficiare gratuitamente dell'intervento consortile in relazione alle anticipazioni finanziarie ed alla messa a disposizione della sede amministrativa.

Anche tale giustificazione è stata correttamente ritenuta incongrua dalla Stazione appaltante in quanto scaricare i costi generali sulla struttura consortile significa solo spostare e non risolvere il problema

della congruità dell'offerta, posto che resta da spiegare in che modo il Consorzio possa sostenere oneri finanziari o destinare gratuitamente i propri immobili alle singole imprese consociate.

Del tutto corretti appaiono altresì i rilievi che l'Amministrazione ha opposto al tentativo del Consorzio di far rientrare le spese di allestimento locali nell'ambito della voce "materiali ed attrezzature" che, invece si riferiva all'acquisto o alla disponibilità di beni affatto diversi (come emerge dalla tabella di cui al punto n. 7.2 delle giustificazioni del 18/8/2011), e di far rientrare le spese relative al vestiario del personale negli oneri per la sicurezza (che costituiscono tutt'altra cosa).

Alcun rilievo può altresì muoversi alle motivazioni con cui la Stazione appaltante ha considerato ingiustificato lo scostamento del costo del personale rispetto alle tabelle ministeriali.

L'affermazione dell'impresa secondo cui il minor tasso di assenteismo per festività dovrebbe imputarsi alla prassi da essa seguita di aumentare la retribuzione per i giorni festivi lavorati, avrebbe dovuto trovare riscontro in una corrispondente voce "rimborsi per festività non godute" nell'ambito della quantificazione degli oneri sostenuti per il personale. Cosa che, invece, non è accaduta.

Anche l'affermazione secondo cui il minor tasso di assenteismo per malattie, infortuni o maternità dichiarato dall'Impresa dipenderebbe dalla applicazione di una contrattazione collettiva di secondo livello

tesa ad incentivare le ore effettivamente lavorate e dalla applicazione di contratti part time è stata correttamente ritenuta generica, non essendovi alcuna evidenza del fatto che un lieve incentivo per le ore effettivamente lavorate, o la stipulazione di contratti ad orario ridotto possa colmare l'ampissimo divario sussistente fra la media di ore non lavorate riportate nelle tabelle ministeriali (120 ore), e quella aziendale dichiarata dal Consorzio (76 ore).

Il ricorrente afferma che l'Amministrazione avrebbe potuto facilmente riscontrare l'attendibilità del dato dichiarato analizzando il registro infortuni e l'elenco del personale dipendente dalla Coop Paxme da esso prodotto in sede procedimentale.

Tuttavia, l'esame di tali documenti non avrebbe potuto fornire all'Amministrazione alcun dato utile se è vero che, come dichiarato dal Consorzio in fase di audizione, l'esecuzione della commessa avrebbe richiesto l'assunzione di 40 nuove unità il cui tasso di assenteismo, evidentemente, non poteva emergere dalle statistiche relative al personale già in servizio (sul punto Cons. Stato, V, 28/6/2011 n. 3865).

Anche con riguardo ai costi relativi ai coordinatori, la giustificazione dell'Impresa secondo cui il coordinamento del servizio affidatole dall'Ospedale Borromeo sarebbe avvenuto attraverso personale già assunto, a tal fine debitamente incentivato, appare affetta dai medesimi vizi di genericità rilevati dalla Stazione appaltante in relazione ai punti precedenti.

L'Impresa avrebbe, infatti, dovuto dimostrare quale fosse la percentuale di utilizzo della forza lavorativa dei coordinatori da essa dipendenti in relazione alla situazione precedente all'acquisizione della commessa in oggetto e la conseguente disponibilità residua per effettuare il coordinamento del nuovo servizio che comportava un aumento del personale pari a 40 unità. Ma più ancora avrebbe dovuto evidenziare come la somma di Euro 5.000 avrebbe potuto compensare l'impegno orario di due coordinatori lungo tutto il corso di un anno tenuto conto dell'obbligo assunto dal Consorzio di garantire la presenza in ospedale di un coordinatore per almeno 20 ore settimanali e la reperibilità estesa sull'arco delle 24 ore dello stesso.

Alla luce dei predetti elementi il giudizio complessivo sulla incongruità ed insostenibilità economica dell'offerta presentata dal ricorrente appare adeguatamente motivato e sorretto da una valutazione analitica che dimostra come le principali voci di costo indicate dall'impresa si siano rivelate del tutto inattendibili andando ad inficiare l'offerta nel suo complesso.

Di fronte a tale analitica dimostrazione a nulla valgono i rilievi dell'impresa tesi ad evidenziare la erronea considerazione della ridotta percentuale di utile o la considerazione dei costi su base annua anziché pluriennale.

Infatti, il riferimento alla ridotta percentuale di utile nel ragionamento effettuato dall'Amministrazione serve solo ad

evidenziare che i maggiori costi relativi alle spese generali ed alle retribuzioni del personale non avrebbero potuto essere compensati con una riduzione del margine di profitto.

E, con riguardo alla valutazione annuale, il Consorzio non si dà cura di indicare quali variazioni in senso a lui favorevole sarebbero derivate da una valutazione effettuata su base pluriennale.

Il ricorso deve, quindi, essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso per motivi aggiunti, dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse quello principale ed il ricorso incidentale. Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite che liquida in Euro 4.000 a favore dell'Amministrazione e in Euro 4.000 a favore della controinteressata.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Alberto Di Mario, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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