



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 2478 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso il primo in Milano, via Podgora, 1

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Cintioli e Cristina Mezzabarba, con domicilio eletto presso il primo in Milano, via Barozzi, 1

nei confronti di

Consorzio lombardo Cooperative di Produzione lavoro e servizi Co.Lo.Coop. e Nigra Servizi Integrati, in persona dei legali rappresentanti, rappresentati e difesi dagli avv. Vincenzo Avoio e

Vittoria Luciano, elettivamente domiciliati presso il loro studio in Milano, Viale Gian Galeazzo, n. 16

per l'annullamento

- della determinazione n. 542 del 10.6.2011, comunicata il successivo 24.6.2011 alla Dussmann Service s.r.l. con nota prot. 25561/050 di pari data, con la quale l'Azienda Ospedaliera "Ospedale Niguarda Ca' Granda" ha aggiudicato al Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi s.c. la gara indetta con procedura aperta per l'affidamento del contratto triennale per l'esecuzione del "servizio di pulizia, sanificazione e disinfestazione"; del verbale di gara del 31.1.2011; del verbale del 7.4.2011; del verbale del 18.4.2011; del verbale del 17.5.2011 a firma del Direttore S.C. Approvvigionamenti dott. Stefano Vitiello; di ogni altro atto e/o provvedimento precedente, successivo, consequenziale, connesso e/o collegato,

impugnati con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti;

- del verbale della Commissione giudicatrice del 7.4.2011 nella parte in cui attribuisce erroneamente i punteggi riferiti al criterio di valutazione n. 2 e non procede all'esclusione della ricorrente;

- del verbale di apertura delle offerte economiche nella parte riferita all'apertura dell'offerta della ricorrente, atti impugnati dalla controinteressata con ricorso incidentale.

Visti il ricorso principale, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e i

relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente impugna gli atti di ammissione della controinteressata e l'aggiudicazione della gara per i seguenti motivi:

a) illegittimità della verifica di anomalia dell'offerta per incongruità dei costi della manodopera, mancanza di utile d'impresa, riformulazione dell'offerta in sede di chiarimenti con sostituzione di una parte significativa delle aliquote di personale (25% degli addetti) con soggetti di differente qualifica e inquadramento; b) illegittima ammissione alla gara per violazione della legge di gara in quanto non sarebbero state presentate tutte le dichiarazioni relative ai requisiti morali né da parte del Consorzio controinteressato né da parte della

società consorziata esecutrice del servizio.

Con ricorso incidentale l'aggiudicataria impugna l'ammissione della ricorrente alla valutazione dell'offerta economica. Secondo l'art. 47 del capitolato speciale d'appalto, infatti, era previsto uno sbarramento minimo per l'accesso alla graduatoria finale di 32/50 punti nella valutazione dell'offerta tecnica. Secondo il Consorzio vincitore la stazione appaltante avrebbe dovuto rettificare il punteggio attribuito all'aggiudicataria (0,31 punti) per la voce dell'offerta tecnica "ore mensili assicurate per l'esecuzione dei servizi periodici" in quanto le ore offerte non sarebbero quelle indicate dalla stazione appaltante (565, 59) bensì 81.445,61, come risulterebbe dall'analisi dei costi allegata all'offerta economica.

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha sollevato un ulteriore profilo di contraddittorietà ed incertezza dell'offerta per il contrasto tra le "ore mensili assicurate per l'esecuzione dei servizi periodici" indicate nell'offerta tecnica e quelle indicate nell'offerta economica ed ha chiesto che sia dichiarata l'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato.

La difesa della stazione appaltante ha chiesto la reiezione del ricorso. Il Collegio ha disposto CTU in merito all'offerta tecnica, sottoponendo al consulente i seguenti quesiti: "se l'impresa aggiudicataria, in virtù della propria natura giuridica o per qualsiasi altra ragione giuridicamente rilevante goda di particolari trattamenti (contributivi previdenziali e fiscali) tali da giustificare i costi del

personale esposti in offerta con riferimento particolare allo scostamento dei medesimi dagli importi stabiliti dalle tabelle ministeriali di riferimento”; “valutare la congruità del prezzo offerto dalla contro interessata Co.Lo.Coop. tanto con riferimento al dato di 565,59 ore/mese per operatori di II e III livello che con riferimento a 6.787,13 ore mensili, per servizi periodici” (quesito inserito nel verbale di giuramento del CTU).

La CTU ha depositato la propria relazione in data 13 gennaio 2012.

All’udienza del 22 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso incidentale è infondato.

In merito occorre rilevare che la stazione appaltante ha correttamente ammesso alla fase di apertura delle buste economiche la ricorrente principale, in quanto, alla luce dei dati forniti dall’aggiudicataria nell’offerta tecnica, le ore mensili assicurate per l’esecuzione dei servizi periodici contenuti nell’offerta tecnica erano pari a 565, 59 mensili (in quanto il monte ore annuo indicato nell’allegato B1.3a è di 6.787,13). Solo nella successiva offerta economica l’offerta oraria per quella voce è stata portata a 6.787,13 ore mensili.

Sebbene, come risulta dalla prospettazione fatta dall’aggiudicataria nel ricorso incidentale (v. pag. 12 del ricorso incidentale, ove si descrive la discrasia come un “refuso”), si sia trattato di un errore materiale compiuto nella redazione dell’offerta tecnica, si deve

comunque concludere che la stazione appaltante non poteva effettuare una nuova valutazione dell'offerta tecnica, dopo aver aperto le buste dell'offerta economica e sulla base dei dati risultanti da quest'ultima. In caso contrario avrebbe violato il principio di continuità della gara, secondo il quale non è ammessa la rinnovazione delle operazioni di gara (in questo caso l'ammissione all'apertura delle offerte economiche) una volta che queste sono state completate (Cons. di Stato, sez. V, 13 giugno 1998, n. 831).

A ciò si aggiunge che la stazione appaltante non aveva nessun interesse a rettificare un errore commesso dall'aggiudicataria nella redazione dei suoi documenti di gara, in quanto nessuna conseguenza poteva derivarne sull'aggiudicazione: infatti l'attuale ricorrente incidentale ha recuperato con l'offerta economica il gap che aveva accumulato con l'errore commesso nell'offerta tecnica, risultando aggiudicataria.

3. Venendo ora al ricorso principale il Collegio ritiene opportuno provvedere all'inversione dell'ordine dei motivi del ricorso in quanto quelli relativi all'ammissione della controinteressata hanno priorità logica rispetto a quelli relativi alla valutazione dell'offerta.

4. Il secondo motivo di ricorso è infondato.

Le dichiarazioni rese dalla controinteressata in merito ai requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 sono infatti pienamente conformi a quanto indicato nel capitolato speciale d'appalto. Avendo il ricorrente limitato le ragioni del ricorso a tale profilo ne consegue

che il motivo dev'essere respinto.

5. Il ricorso principale è parzialmente fondato con riferimento alla valutazione di anomalia dell'offerta.

L'offerta della controinteressata ha formato oggetto di consulenza tecnica d'ufficio i cui risultati sono i seguenti. Con riferimento al primo quesito il CTU afferma che, tenendo conto della natura giuridica dell'aggiudicataria, degli incentivi e delle agevolazioni economiche di cui godono le cooperative, dell'agevolazione Ires, dell'accordo fatto con i sindacati e degli ammortizzatori sociali, della possibilità di sostituire parte del personale di secondo livello con apprendisti e stagisti, considerando un livello di utilizzo del personale superiore a quello indicato nelle tabelle FISI ufficiali, l'offerta relativa al personale presentata dalla controinteressata è anomala per circa 99.001 euro annui (pari a circa il 2,2%).

Con riferimento al secondo quesito il CTU dichiara che non è possibile stabilire la congruità del prezzo offerto per il personale di II e III livello dei servizi periodici in riferimento al dato errato esposto sul verbale di valutazione tecnica dell'Ospedale Niguarda, di 565,59 ore/mese in quanto il dato corretto è 6.787,13 ore mese.

Con riferimento, invece, alla congruità del prezzo offerto dalla controinteressata Co.Lo.Coop. con riferimento a 6.787,13 ore mensili per operatori di II e III livello, per servizi periodici, il CTU dichiara che l'offerta non è congrua per una minima differenza di euro 2.723,40 oppure di euro 35.483,40 per il caso di esclusione degli

stagisti, oppure di euro 23.063,11 nel caso di utilizzo delle tabelle FISE.

5.1 Venendo ora all'analisi del primo motivo di ricorso occorre respingerlo nella parte in cui ritiene che la controinteressata abbia modificato in modo inammissibile l'offerta e che l'anomalia sussista a cagione del mancato rispetto delle tabelle FISE.

Conviene al riguardo rammentare, con riferimento al primo profilo, che, secondo la giurisprudenza, mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sono le giustificazioni, e sono ammesse sia quelle sopravvenute che quelle tra sottostime e sovrastime, (Cons. Stato, Sez. VI, 21.5.09, n.3146). Inoltre in sede di giustificazioni è consentito addurre la possibilità di sgravi sul costo del personale, ancorché non dedotti in sede di offerta (Cons. Stato, VI, 3146/09).

Nel caso in questione la ricorrente ha invocato in sede di giustificazioni dell'offerta la sua natura di ente mutualistico, il quale può avvalersi di: a) riduzione dell'aliquota INAIL; b) aliquota previdenziale pari al 25,29% in luogo di quella ordinaria del 28,07%; c) agevolazione IRES di cui all'art. 1, comma 460 della legge finanziaria per il 2005, che comporta la sua sostanziale esenzione; c) esenzione dall'accantonamento dello 0,20% dello stipendio dei lavoratori ai fini della costituzione del fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto (TFR).

Si tratta con evidenza di voci che, comportando sgravi di spesa per il personale spettanti per legge, ben potevano essere indicati anche per

la prima volta in sede di giustificazioni.

Con riferimento poi alla sostituzione del personale di livello II mediante ricollocazione del 25% del personale in servizio presso l'Ospedale in altre commesse e sostituzione con altro personale neo assunto con altre tipologie di contratto o di livello inferiore, gli accertamenti effettuati con la CTU permettono di affermare che si tratta di operazioni di gestione del personale che rientrano nell'autonomia dell'impresa.

Infatti dagli atti risulta un incontro con una rappresentanza sindacale dal quale risulta che il trasferimento del personale nei limiti del 25% non è precluso. Tale possibilità è confermata dall'art. 4 del CCNL del settore, ove è previsto che l'impresa che subentra nell'appalto è tenuta all'assunzione del personale trasferito dal gestore uscente, ma può provvedere a processi di mobilità nell'ambito della stessa impresa.

Per quanto riguarda, invece, la previsione di assunzioni di personale di I livello invece che di II, come indicato in offerta, vale la clausola di equivalenza stabilita dall'art. 10 CCNL, secondo il quale sono inquadrati nel 1° livello i lavoratori del 2° livello di prima assunzione nel settore per i primi nove mesi di svolgimento di effettivo servizio.

Per quanto concerne, invece, l'utilizzo di contratti di inserimento, quali stage e apprendistato, la ricorrente non ha dato prova dell'impossibilità di utilizzare tali forme contrattuali o dell'incompatibilità dell'inquadramento di questi tipi di contratti con i

livelli retributivi indicati in offerta.

Il motivo di ricorso va quindi respinto nella parte in cui contesta la modificazione dell'offerta in sede di presentazione delle giustificazioni.

Ugualmente va respinto il primo motivo di ricorso nella parte in cui contesta l'insostenibilità della valutazione di anomalia dell'offerta per incongruità dei costi della manodopera dovuti al mancato rispetto delle tabelle FISE.

Infatti deve rammentarsi che la giurisprudenza amministrativa ha più volte escluso l'inderogabilità del costo orario medio della manodopera fissato nelle tabelle FISE, attribuendo natura meramente ricognitiva al decreto ministeriale che le approva ed affermando che, viceversa, deve consentirsi all'impresa offerente di rendere giustificazioni in ordine al costo del lavoro inferiore ai minimi retributivi tabellari, così rimettendo al giudizio della commissione la stima della congruità di tali giustificazioni (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. V, 11 ottobre 2002, n. 5497; Id., sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949; TAR Lazio, sez. I-bis, 22 dicembre 2006, n. 15610; T.A.R. Puglia, Bari, 9 settembre 2009, n.2061).

5.2 Il primo motivo di ricorso va invece accolto, ove contesta l'insostenibilità economica dell'offerta nel suo complesso.

In primo luogo occorre rammentare che la verifica delle offerte anomale è sufficientemente espressa anche per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (cfr., tra le tante, Cons.

Stato, sez. V 23 novembre 2010, n.8148; TAR Emilia Romagna Bologna Sez. I 26 marzo 2010, n.2823).

A ciò si aggiunge che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e se dia o meno affidamento di una corretta esecuzione (Cons. St., sez. VI 11 dicembre 2001, n. 6217; Cons. St. Sez. V, 29 luglio 2003, n. 4323; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 novembre 2011, n. 752).

In merito a tale valutazione occorre partire dai dati offerti dalla CTU, dalla quale il Collegio non ha elementi per discostarsi, la quale ha accertato che il costo annuo del personale, calcolato sulla base dei dati di fatto indicati in offerta dalla controinteressata, è superiore a quello indicato in offerta per un totale di euro 99.001,11.

A tal fine occorre respingere l'eccezione sollevata dalla difesa della controinteressata nella memoria depositata in data 6.2.2012, che ha invocato a proprio favore i dati relativi all'effettiva incidenza delle ore di malattia, più bassi sia rispetto a quelli contenuti nelle tabelle ministeriali sia rispetto a quelli calcolati dal CTU.

In merito occorre rilevare che la controinteressata non può invocare un tasso di assenteismo inferiore a quello delle tabelle ministeriali ed a quello, a lei più favorevole, calcolato dal CTU, quando intende sostituire ben un quarto del personale con lavoratori neo assunti, per i quali non è possibile estendere dati a loro estranei.

Con riferimento poi all'eccezione di congruità dell'offerta nel caso in

cui le ore mensili assicurate per l'esecuzione dei servizi periodici siano pari alla quantità indicata nell'offerta tecnica di ore 565,59, tale eccezione è da respingere in quanto la controinteressata ha dimostrato nel ricorso incidentale che l'unica interpretazione ragionevole è quella dell'applicazione della maggiore quantità di 6.787,13 ore mese. E' chiaro quindi che, al di là delle schermaglie processuali, anch'essa ritiene che l'offerta corretta sia di 6.787,13 ore mese. D'altro canto un'interpretazione diversa porterebbe ad un insanabile contrasto con quanto indicato nell'offerta economica rendendo l'offerta complessivamente inaffidabile e contraddittoria.

Sgombrato il campo dalle eccezioni della controinteressata e tornando ai dati della CTU, occorre rilevare che la differenza tra il costo del personale rilevato dalla CTU ed il prezzo offerto (euro 99.001,11) è tale da superare di gran lunga l'utile annuale dichiarato (euro 27.514,80). Tale differenza aumenta nel caso in cui si sommi anche la differenza integrata dal costo del personale rilevata dal CTU con riferimento ai servizi periodici (quesito 2).

Tale discordanza macroscopica non può essere giustificata con riferimento allo scopo mutualistico della controinteressata in quanto tale finalità non giustifica lo svolgimento di attività in perdita.

Deve quindi concludersi che l'offerta, nel suo complesso, non è attendibile e non dà affidamento di una corretta esecuzione (Cons. St., sez. VI 11 dicembre 2001, n. 6217; Cons St. Sez. V, 29 luglio 2003, n.4323).

In definitiva quindi l'aggiudicazione della gara va annullata.

4. Il ricorso per motivi aggiunti è infondato in quanto, come sopra indicato, non può ritenersi che tra l'offerta tecnica e quella economica della controinteressata sussista un insanabile contrasto quanto piuttosto un mero errore materiale nell'indicazione delle ore relative ai servizi periodici contenuta nell'offerta economica.

In merito soccorre la regola di interpretazione sistematica previste dall'art. 1363 c.c., secondo il quale occorre procedere alla interpretazione della singole clausole per mezzo delle altre clausole contrattuali, attribuendo ad ognuna il significato che risulta dal complesso dell'atto.

Nel merito occorre infatti rilevare che sia l'indicazione del personale che l'offerta economica rendono del tutto ragionevole ritenere che la controinteressata abbia valutato proporre una consistente quantità di ore per i servizi periodici, che costituiscono parte importante dell'offerta economica.

Il ricorso incidentale va quindi respinto.

L'annullamento dell'aggiudicazione comporta anche la dichiarazione di inefficacia del contratto, a partire dalla pubblicazione della sentenza, ai sensi dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo.

In merito occorre rilevare che la ricorrente ha interesse all'aggiudicazione della gara, essendosi collocata al secondo posto della graduatoria ed attenendo il vizio accertato all'offerta della

controinteressata.

A ciò si aggiunge che la stazione appaltante ha disposto la sospensione dell'esecuzione del contratto fino alla decisione di merito, con la conseguenza che nessuna interruzione del servizio si verifica in considerazione della presente pronuncia.

Per quanto riguarda la valutazione degli interessi delle parti, occorre rilevare che la controinteressata ha dato luogo all'aggiudicazione illegittima con la sua offerta, con la conseguenza che deve escludersi l'esistenza di una situazione di buona fede od altra ragione di tutela.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione della gara indetta con procedura aperta per l'affidamento del contratto triennale per l'esecuzione del "servizio di pulizia, sanificazione e disinfestazione" indetta dalla stazione appaltante. Respinge il ricorso per motivi aggiunti ed il ricorso incidentale.

Dichiara inefficace il contratto stipulato tra l'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda e il Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi Co.Lo.Coop.

Condanna la stazione appaltante e il Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi s.c. in solido tra di loro al

pagamento delle spese processuali che liquida in euro 6.500, 00, oltre al 12,5% a titolo di spese forfetarie, all'IVA, alla CPA e al compenso del CTU che liquida in euro 4.522,47, oltre IVA. Dispone la rifusione del contributo unificato pagato dalla ricorrente ad opera della stazione appaltante e del controinteressato egualmente in solido tra di loro.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/03/2012

IL SEGRETARIO

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