



REPUBBLICA ITALIANA
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 8097 del 2011, proposto da:

GSA - Gruppo Servizi Associati Soc.Cons. p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Luca Ponti e Luca De Pauli, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Enrico Di Ienno in Roma, viale Mazzini, n.33;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria "Santa Maria della Misericordia" di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. Stefano Coen e Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Stefano Coen in Roma, piazza di Priscilla, n. 4;

nei confronti di

A.S.S. n. 4 "Medio Friuli", in persona del legale rappresentante pro-tempore;

C.O.S.M. Società Cooperativa Sociale, per sè e quale Capogruppo Mandataria dell'ATI costituenda con MINERVA Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro-tempore;

MINERVA Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE, SEZIONE I, n. 00367/2011, resa tra le parti, concernente l'AFFIDAMENTO SERVIZIO DI LAVAGGIO STOVIGLIE, PULIZIA E DISINFEZIONE AMBIENTE E ATTREZZATURE MENSA – RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria "Santa Maria della Misericordia" di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2012 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati De Pauli e Rosati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda Ospedaliera Universitaria "Santa Maria della Misericordia" di Udine ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di lavaggio stoviglie, pulizie e disinfezione ambiente e attrezzature presenti in cucina, mense e dispense, destinato alla consorziata A.S.S. n. 4 "Medio Friuli", della durata di mesi 60, da appaltarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A conclusione della procedura è risultata aggiudicataria l'ATI composta da C.O.S.M. - Società Cooperativa sociale, mandataria capogruppo, e MINERVA Soc. cons. p.a., quale mandante, con un'offerta economica di euro 1.198.876,40.

2. Avverso l'aggiudicazione e i verbali di gara ha proposto ricorso la ditta G.S.A. - Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. p.a., seconda classificata, deducendo molteplici profili di censura sia al fine di far escludere l'ATI C.O.S.M./Minerva dalla gara, per manifesta anomalia dell'offerta economica e per violazione dell'art. 37 cod. appalti, sia al fine di contestare l'assegnazione dei punteggi effettuata dalla Commissione, con conseguente aggiudicazione dell'appalto in proprio favore.

3. La stazione appaltante ha proceduto in autotutela all'annullamento dell'aggiudicazione con determina del Direttore D.S.C. n. 70/2011 del 27.1.2011, che ha disposto altresì l'integrale rinnovazione della gara.

Avverso tale determina la G.S.A. ha proposto motivi aggiunti, notificati il 3.3.2011, contestando l'illegittimo annullamento dell'intero procedimento di gara, anzicchè solo delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche presentate dai concorrenti.

4. Con la sentenza appellata è stata ritenuta la non fondatezza delle censure tendenti a dimostrare la necessità dell'esclusione dell'ATI C.O.S.M./Minerva, nonché legittima la decisione della stazione appaltante di annullare la gara e rinnovare la procedura "dovendosi escludere che nel caso di specie si vertesse in ipotesi di procedure di aggiudicazione automatiche, quali possono ritenersi solo quelle col metodo della valutazione della sola offerta prezzo".

La sentenza ha, quindi, dichiarato cessata la materia del contendere sui motivi del ricorso introduttivo coi quali veniva censurata l'aggiudicazione e il bando di gara, dato che la prima è stata integralmente annullata e che si è proceduto alla revoca della gara.

Ha anche rigettato le domande risarcitorie.

5. Con l'atto di appello viene censurata la sentenza perché:

erroneamente avrebbe rigettato il motivo di ricorso n. 10.3 in relazione al motivo di ricorso n. 2.1: l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la sua offerta economica si era connotata per essere eccessivamente bassa in relazione alla voce "spese per la sicurezza"; il TAR avrebbe dovuto verificare la fondatezza della tesi sostenuta e dichiarare il diritto all'aggiudicazione della ricorrente.

Erroneamente la sentenza avrebbe rigettato il motivo di ricorso n.10.3 in relazione al motivo di ricorso n. 2.4: C.O.S.M ha dichiarato di possedere il requisito tecnico (fatturato specifico nell'ultimo triennio) per il 61%, ma la quota di servizio che andrebbe ad eseguire è pari al 65,59%, in violazione dell'art. 37, comma 13, D.Lgs 163/2006.

Erroneamente il TAR ha rigettato il motivo di ricorso 10.3 in relazione ai restanti motivi riferiti ai punteggi assegnati alle singole voci di valutazione, omettendo la pronuncia sui singoli motivi di ricorso; la motivazione della sentenza sarebbe carente su un punto essenziale della controversia e pertanto l'appellante invoca la disamina e l'accoglimento dei motivi di ricorso da 3 a 8, chiedendo di dichiarare illegittimo il provvedimento di autotutela.

Si reitera istanza istruttoria al fine di un pieno riscontro di quanto esposto sub 2.4, nonché domande risarcitorie, ivi compresa quella per danni da colposa diffusione dell'offerta tecnica, con riforma anche del capo di sentenza

relativo alle spese.

Resiste in giudizio l'Azienda Ospedaliera.

All'udienza dell'11 maggio 2012 l'appello è trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. L'appello non merita accoglimento.

2. Le censure riproposte dalla CSA-Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. p.a. mirano, in primis, a far accertare la doverosa esclusione della controinteressata dalla gara, con conseguente aggiudicazione in suo favore, essendo la seconda classificata; in subordine, mirano a far accertare un punteggio per la qualità tecnica dell'offerta presentata talmente superiore rispetto a quello attribuito all'aggiudicataria da renderla prima classificata.

3. Ad avviso del Collegio, il TAR ha correttamente ritenuto che l'ATI C.O.S.M./MINERVA non andasse esclusa dalla gara; pertanto, ha rigettato il primo motivo di ricorso affermando condivisibilmente che la sottostima della voce "costo per spese di sicurezza" avrebbe potuto determinare non l'esclusione automatica, ma una valutazione di congruità dell'anomalia dell'offerta, ex art. 86 cod. contr., valutazione che tuttavia non può più essere compiuta ex post.

L'appellante osserva che la questione sarebbe stata sbrigativamente liquidata dal primo giudice: l'Amministrazione con l'esercizio dell'autotutela avrebbe sostanzialmente abdicato dalla sua facoltà di verifica di congruità dell'offerta, determinando un danno a suo carico e sottraendo al Giudice la decisione sulla gara.

Se, dunque, risultasse che l'offerta dell'aggiudicataria era incongrua essa doveva essere oggetto di un vaglio di congruità, vaglio che si potrebbe ben fare oggi anche in sede giurisdizionale tenendo conto di quanto previsto dall'art. 86, comma 3 bis e 3 ter, del D.lgs 163/2006 letti insieme al DM 25 febbraio 2009 CCNL "Multiservizi".

L'appellante, infatti, sostiene che da tale DM discenderebbe che il costo minimo aziendale della sicurezza annuo per lavoratore è pari a 150 euro per lavoratore (costo che, moltiplicato per i 13 lavoratori dichiarati dall'ATI aggiudicataria e per 5 anni, darebbe un risultato di euro 9.750,00, da aggiungersi ai 12.000 euro indicati dalla stazione appaltante per la riduzione dei rischi interferenti); ne consegue che avendo l'ATI COSM/MINERVA previsto solo 1.037,00 euro ulteriori rispetto ai 12.000 di base, la sua offerta è palesemente insufficiente per la voce "sicurezza".

Osserva il Collegio che non risulta dagli atti di gara che la stazione appaltante abbia inteso indicare in euro 12.000 il costo per la riduzione dei rischi interferenti, come assume l'appellante, ossia di quei rischi specifici propri dell'attività del datore di lavoro committente, correlati all'affidamento di appalti o concessioni all'interno dell'Amministrazione, che vengono evidenziati dal DUVRI (ex art. 7, comma 3 del D.lgs 626/94 e - oggi - art. 26, comma 3, D.Lgs 81 del 9.4.2008).

Anzi, risulta dal bando, allegato al capitolato - voce "prezzi base"- che la stima dei costi della sicurezza viene effettuata tenendo conto "esclusivamente dei costi minimi che la ditta aggiudicataria dovrà sostenere per garantire la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'ambito del solo appalto e non di tutta l'attività dell'aggiudicataria nel suo complesso", e che le voci che compongono l'importo stimato di 12.000 euro sono rappresentati da tre componenti, ossia "stesura Piano di Sicurezza Sostitutivo, Piano Operativo di sicurezza e riunioni di coordinamento", "dispositivi di protezione individuale", "informazione e formazione generale e specifica del servizio". Il bando precisa ulteriormente che i costi così calcolati "non potranno essere soggetti a ribasso" e che le ditte "devono a loro volta specificare nell'offerta l'importo delle spese per la sicurezza e la salute che dovranno essere nel loro ammontare complessivo almeno pari a quelle stimate dalla stazione appaltante e dalla stessa messe a disposizione, ma potranno anche essere superiori".

E' evidente che l'ATI aggiudicataria si è attenuta a tale prescrizione del bando, avendo indicato un importo per la

sicurezza pari ad euro 13.037, superiore al minimo di 12.000 indicato dalla Stazione appaltante.

Per completezza si osserva, inoltre, che l'anomalia dell'offerta (che solo in sede di gara può essere apprezzata in contraddittorio con la parte, con giudizio tecnico discrezionale sindacabile dal giudice solo nei limiti della manifesta irragionevolezza o erroneità fattuale, e che non potrebbe essere invece apprezzata direttamente in sede giurisdizionale), sarebbe, comunque, frutto di un giudizio sull'offerta di carattere globale e sintetico, al fine di valutare se la singola inesattezza di una voce del prezzo offerto incida in modo significativo sulla serietà e attendibilità dell'offerta complessiva, tenuto anche conto dell'entità della voce stessa nell'economia dell'offerta, e se trovi rispondenza nella realtà di mercato e aziendale.

Non sembra ipotizzabile, invece, astrattamente, che possa farsi discendere un giudizio di "anomalia" dalla singola voce "costo della sicurezza" allorché il limite normativo alla competizione concorsuale, ex art. 86, comma 3 ter, non sia stato violato, come è avvenuto nel caso di specie (essendo l'offerta dell'ATI superiore al costo base di 12.000 euro indicato dalla Stazione appaltante). (cfr. C.d.S. V Sez., 8.9.2011, n. 5047; Sez. III, 15.7.2011, n. 4322).

4. Il TAR, inoltre, ha rigettato il secondo motivo di appello ritenendo non applicabile all'appalto in esame l'art. 37, comma 13, cod. contratti, che impone già in sede di offerta la dichiarazione di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, quote di qualificazione e quote di esecuzione del servizio.

Su tale punto, si fa osservare che la tesi del TAR non è condivisa dal Collegio, essendo stato più volte affermato, anche da questa Sezione, che anche nel settore dei servizi va applicata la regola di cui all'art. 37 cod. contr. di corrispondenza tra quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione, come dispone espressamente il comma 13 ("I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"). Qualunque sia il settore dell'appalto (lavori, servizi o forniture), per indirizzo consolidato, l'ATI offerente deve indicare sia le quote di partecipazione di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto e vi deve essere corrispondenza tra le stesse trattandosi di un principio generale che prescinde dalla morfologia del raggruppamento e dalla tipologia delle prestazioni (C.d.S. , III, 11.5.2011, n. 2805; IV, 27.1.2011, n. 606; V, n. 5892 dell' 8.11.2011, n. 5279 del 19.9.2011, n. 744 del 12.2.2010).

Tuttavia, contrariamente a quanto asserisce l'appellante, nella fattispecie la norma è stata rispettata.

Va tenuto conto, innanzitutto, della peculiarità del servizio oggetto di contratto e delle modalità di espletamento indicate nel bando.

Si tratta di servizio da espletare presso tre diversi stabilimenti ospedalieri ed assistenziali e per ciascuno è stato previsto un distinto "prezzo base", e precisamente:

- San Daniele: canone mensile euro 9.610,00;
- IMFR Gervasutta : canone mensile euro 7.000,00;
- Codroipo: canone mensile euro 3.730,00.

L'art. 5 del capitolato d'appalto stabilisce che l'offerta economica riflettendo questa suddivisione deve riportare tre canoni mensili distinti, uno per ciascuna struttura, oltre che l'importo complessivo del lotto.

L'ATI ha indicato nella sua offerta i tre canoni mensili con ribasso rispetto al "prezzo base", e nel corpo di tale offerta e della contestuale dichiarazione di volersi costituire in ATI ha specificato che le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese risulteranno così suddivise:

- C.O.S.M. s.n.c.: Presidio Ospedaliero San Daniele del Friuli attraverso la consorziata Centro Sociale Lavorativo s.c.s, Rsa Codroipo attraverso la cooperativa consorziata Irene 3000 s.c.s.;
- MINERVA: I.M.F.R. Gervasutta.

Indirettamente, attraverso la specificazione dei singoli stabilimenti ospedalieri presso cui ciascuna delle imprese

andrà a svolgere il servizio, è possibile desumere la quota di esecuzione del servizio di ciascuna delle due associate all'ATI, considerato che sono note le entità dei servizi in termini economici per ciascun stabilimento.

In altri termini, Minerva esegue il 52,474% del servizio e COSM la rimanente parte (47,426%) che risulta dalla somma del "prezzo base" del servizio per i due stabilimenti serviti.

Considerato che l'ATI aggiudicataria, come ammette la stessa appellante, rispetta il requisito di capacità tecnica richiesto dal bando (fatturato specifico dell'ultimo triennio pari a 739.400,00 euro), avendo dichiarato un fatturato di euro 1.030.774,28, così ripartito: -COSM euro 451.130,28, pari al 61,01% del requisito richiesto; Minerva euro 579.644,00, pari al 78,39% del requisito richiesto, è palese che vi è piena corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'ATI e quote del servizio da svolgere, come sopra individuate.

Erra, invece, l'appellante nel calcolo effettuato a pag. 34 dell'atto di appello, laddove ha calcolato con diverso metodo le "percentuali di competenza" per ogni sede e le ha rapportate al requisito di capacità tecnica posseduto da ciascuna delle società componenti l'ATI C.O.S.M./MINERVA, giungendo a conclusioni non condivisibili.

5. Infondato è il terzo motivo di appello con cui G.S.A. critica la sentenza impugnata perché anziché esaminare le censure rivolte avverso l'attribuzione di punteggio alla propria offerta tecnica ha ritenuto legittimo il provvedimento di annullamento in autotutela adottato dall'Amministrazione che, avendo condiviso con la ricorrente l'esistenza di errori valutativi compiuti dalla Commissione (anche se non meglio precisati), oggetto di denuncia in sede amministrativa, ha proceduto a disporre la rinnovazione della gara, unica via percorribile attesa la peculiarità del criterio di aggiudicazione, che involge non solo operazioni meramente matematiche di valutazione dell'offerta economica, ma anche valutazioni discrezionali di qualità dell'offerta tecnica.

Come ben osserva il TAR, la decisione di annullare tutte le operazioni di gara si rivela "sostanzialmente obbligata, dovendosi escludere che nel caso di specie si vertesse in ipotesi di procedure di aggiudicazione "automatiche", quali possono ritenersi solo quelle col metodo della valutazione della sola offerta prezzo".

L'appellante, di contro, sostiene che il provvedimento di autotutela avrebbe dovuto limitarsi a disporre la rinnovazione parziale delle operazioni di gara, ossia la rinnovazione della fase di valutazione delle offerte economiche e tecniche già presentate, con il compimento di mere operazioni di "ricalcolo", secondo un ragionamento molto meccanico e niente affatto discrezionale dei punteggi riferiti all'offerta tecnica. Il "ricalcolo" dei punteggi secondo le proposte contenute nel ricorso introduttivo, ad avviso di G.S.A., aventi natura vincolata, avrebbe garantito anche un percorso trasparente, conducendo alla "doverosa" aggiudicazione dell'appalto in suo favore.

Le affermazioni dell'appellante sono smentite dalla constatazione del carattere discrezionale dell'attribuzione dei 60 punti per l'elemento "qualità", che tiene conto di parametri e sottoparametri indicati dal capitolato speciale; sicché non sembra che possa sostituirsi sic et simpliciter alla valutazione della Commissione il "ricalcolo" proposto in ricorso dalla ricorrente, secondo un suo personale giudizio.

6. Infine, vanno respinte, conseguentemente, le domande risarcitorie proposte, ivi compresa la domanda di risarcimento dei danni da ingiustificata diffusione della nota di contestazione di GSA del 28.12.2010, che avrebbe consentito la divulgazione di aspetti riservati afferenti l'offerta progettuale e l'organizzazione aziendale dell'appellante.

Sul punto il TAR ha affermato il carattere apodittico e generico della domanda, con conseguente inammissibilità della stessa.

Nell'atto di appello il danno viene identificato nella spesa sostenuta per la formulazione dell'offerta "in quanto a fronte della sua diffusione GSA sarà costretta a studiarla di nuovo e da capo" e tale danno viene quantificato in euro 24.000.

Osserva il Collegio che non si ravvisano i denunciati profili di responsabilità in capo all'Amministrazione riconducibili a dolo o colpa, considerato che con la nota del 28.12.2010 la ditta ricorrente aveva presentato una serie di rilievi afferenti le valutazioni della Commissione tecnica la cui diffusione non si comprende come possa avere determinato violazione della riservatezza di dati e informazioni attinenti l'offerta e l'organizzazione aziendale di tale entità da essere in grado di concretizzare il paventato rischio di alterare la dinamica concorrenziale in una prossima gara. Né l'appello contiene sufficienti elementi di specificazione a tal proposito.

7. In conclusione, va rigettato l'appello e le domande risarcitorie proposte.

8. Le spese possono compensarsi tra le parti considerate le questioni proposte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Rigetta, altresì, le domande di risarcimento danni proposte.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/10/2012

IL SEGRETARIO

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