



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 4412 del 2013, proposto da:

Croce Amica One Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Marco Sica e Mariano Protto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mariano Protto in Roma, via Cicerone, n. 44;

contro

Consorzio Lombardia Sanita', in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudio De Portu in Roma, via Flaminia, n.354;

Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Carnevale, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via dei Dardanelli, n. 46;

Cooperativa Trasporti Sanitari - CTS S.c.a r.l., in persona del legale

rappresentante pro-tempore, in proprio e quale Capogruppo ATI;

nei confronti di

Duelle Service Srl - Croce Verde Ancona, in proprio e quale mandante dell'ATI capeggiata da CTS, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE III, n. 00558/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di trasporto degenti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Lombardia Sanita' e della Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Protto, Boifava e Cannone su delega di Carnevale;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con delibera del Direttore Generale n. 890 del 10.4.2012, la Fondazione IRCCS Cà Grande – Ospedale Maggiore Policlinico (Fondazione) ha aggiudicato il lotto II (trasporto malati non ricoverabili e servizi complementari diversi mediante autolettiga, per 36 mesi) all'ATI

C.T.S. Ambulanze Milano – Croce Duelle service s.r.l.; l'appellante si collocava al secondo posto, ed il Consorzio Lombardia Sanità al terzo.

2. - Quest'ultimo proponeva ricorso al TAR assumendo l'incongruità delle offerte delle prime due graduate ed il TAR accoglieva la domanda cautelare, ritenendo apparentemente fondata la censura di non remuneratività delle offerte in relazione al costo del personale.

3. - La Stazione appaltante richiedeva chiarimenti alle tre concorrenti, con nota del 1° agosto 2012, cui però il Consorzio Lombardia Sanità (Consorzio) rifiutava di dare seguito (nota dell'avv. Boifava del 29/8/2012); quindi, proponeva motivi aggiunti coi quali denunciava l'esistenza di un "unico centro decisionale" tra le prime due graduate, desunto dalla identità dei chiarimenti presentati dalle due imprese.

4. - Con sentenza dell'1.3.2013, ancor prima che la stazione appaltante concludesse il procedimento di verifica delle offerte avviato, il TAR accoglieva il ricorso del Consorzio, ritenendo incongrue le offerte delle prime due classificate con riguardo al mancato rispetto del costo del lavoro, tenuto conto del rimborso regionale per singolo trasporto, come determinato con delibera regionale VIII/2470 dell'11.5.2006; riteneva anche esistente il collegamento sostanziale tra CTS e Croce Amica One S.r.l. (Croce Amica), come denunciato nei motivi aggiunti, in violazione delle norme sulla trasparenza e concorrenza nelle gare pubbliche.

5. - Successivamente alla sentenza n. 558/2013 impugnata, la Fondazione chiedeva nuovamente chiarimenti sugli elementi costitutivi dell'offerta al Consorzio, che venivano presentati il 21.3.2013 e, con delibera dirigenziale n. 989 del 30.4.2013, preso atto della sentenza, la Fondazione revocava la precedente aggiudicazione e aggiudicava l'appalto al

Consorzio.

6. - Avverso la sentenza, in parte qua, proponeva appello Croce Amica, ritenendo erronea la decisione nella parte concernente la dichiarata sussistenza di un collegamento della stessa con CTS, nonché erroneo l'accertamento dell'incongruità della propria offerta.

Assumeva, inoltre, che anche il Consorzio andava escluso non avendo ottemperato all'autonoma determinazione della Fondazione di procedere alla verifica delle offerte, dopo l'ordinanza cautelare del TAR.

7. - Con autonomo ricorso al TAR Lombardia (NRG 1371 del 2013) Croce Amica S.r.l. impugnava la delibera n. 989/2013 di aggiudicazione della gara al Consorzio Lombardia Sanità, delibera nei cui confronti CTS faceva, invece, acquiescenza.

8. - Con l'appello in esame vengono dedotti i seguenti motivi:

I)- Violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., inammissibilità del ricorso di primo grado, avendo il Consorzio omesso, con ragioni pretestuose, di fornire i chiarimenti richiesti con nota dell'1.8.2012 dal responsabile del procedimento, dopo l'ordinanza cautelare del TAR, con conseguente difetto di legittimazione e interesse a ricorrere.

Il Consorzio avrebbe dovuto essere escluso per difetto del requisito di cui al par. 3.1. punto E2 del disciplinare di gara (mancanza di numero minimo di dipendenti stabilmente inseriti in pianta organica, accertato dal TAR in altro giudizio NRG 1357/2012, riguardante il lotto I, con sentenza n. 1671 dell'1.7.2013); mancanza del requisito di cui al punto E.3 (omessa dimostrazione del possesso di licenze di noleggio per le ambulanze) - intervenuta liquidazione di Duelle Sevice srl - difetto di valida cauzione provvisoria.

Come ribadito nelle memorie difensive, l'offerta del Consorzio presenterebbe le stesse criticità che hanno portato all'esclusione di Croce Amica.

II)- Improcedibilità del ricorso di primo grado per cessazione della materia del contendere, per mancata esecuzione di un adempimento nel procedimento autonomamente avviato dalla Fondazione per la verifica della congruità delle offerte.

III)- Violazione e falsa applicazione dell'art. 34, comma 2 c.p.a., per violazione del divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (verifica della congruità delle offerte, autonomamente avviata dalla stazione appaltante);

IV)- Difetto di giurisdizione per violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con sconfinamento negli ambiti riservati alle insindacabili valutazioni della stazione appaltante.

V)- Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, comma 3 bis, D.lgs. n. 163 del 2006 e ss.. Erroneità ed illogicità manifesta. Congruità dell'offerta di Croce Amica; incongruità dell'offerta di CTS.

VI)- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, D.lgs. n. 163 del 2006 e ss.. Erroneità ed illogicità manifeste.

9. - Resistono in giudizio il Consorzio Lombardia Sanità e la Fondazione, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione ed il suo rigetto. Il Consorzio ripropone un motivo assorbito in primo grado, concernente la mancata specificazione dei costi propri della sicurezza da parte dell'appellante.

10. - All'udienza del 12 dicembre 2013, dopo scambio di memorie di replica, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è in parte fondato.

2. – Vanno, preliminarmente, rigettati i motivi (I e II) coi quali si censura la sentenza per non aver dichiarato inammissibile o improcedibile il ricorso di primo grado ed i motivi aggiunti per difetto di legittimazione o interesse del Consorzio Lombardia Sanità ricorrente; così pure i motivi (III e IV) coi quali si denuncia la violazione dell'art. 34, comma 2, cod. proc. amm. e lo sconfinamento nell'ambito riservato alle insindacabili valutazioni della stazione appaltante.

L'appellante censura la sentenza perché ha ritenuto che non ha alcun effetto sul piano processuale la mancata risposta da parte del Consorzio alla richiesta di giustificazioni, di cui alla nota del 1° agosto 2012, con cui la stazione appaltante, successivamente all'ordinanza cautelare del TAR n. 803 del 7.6.2012, che ha ritenuto fondata la seconda censura, ha avviato la fase di verifica dell'offerta nei confronti delle tre graduate.

Viceversa, secondo l'appellante, la richiesta non costituiva semplice ottemperanza all'ordinanza cautelare, ma autonoma ed incondizionata determinazione della stazione appaltante di avviare il procedimento di verifica della congruità delle offerte.

Il rifiuto del Consorzio di giustificare la propria offerta e la mancata impugnazione della nota del 1° agosto 2012, avrebbero, invece, determinato l'esclusione dello stesso dalla gara con conseguente inammissibilità sopravvenuta del gravame.

2.1. - La tesi dell'appellante non è condivisibile.

La fase di verifica delle offerte avviata dalla Fondazione a seguito della sospensiva disposta dal TAR non è indipendente dal decisum cautelare,

che ha rilevato il sospetto di fondatezza della censura mossa dal Consorzio Lombardia Sanità con riguardo al rispetto del costo del lavoro nelle offerte delle prime due graduate; anche se è senz'altro autonoma la decisione di avviare la verifica dell'offerta anche nei confronti del ricorrente Consorzio.

Tuttavia, ad avviso del Collegio, non è determinante, a fini processuali, che la verifica della congruità delle offerte, così estesa dalla stazione appaltante anche nei confronti del Consorzio, sia stata o meno avviata in ottemperanza all'ordinanza cautelare, né la circostanza che la richiesta di chiarimenti sia stata inevasa dal Consorzio, né che comunque la verifica avviata non fosse ancora conclusa al momento in cui è intervenuta la pronuncia.

Difatti, nessuna delle richiamate circostanze impediva al TAR di pronunciare sul ricorso principale, confermando con la decisione di accoglimento il rilevato sospetto di fondatezza della censura proposta dal Consorzio.

La decisione del ricorso nel merito, la cui sollecitudine è rimarcata dalle varie norme acceleratorie dettate dal codice del processo in materia di appalti, non è condizionata dalle iniziative dell'Amministrazione attiva; solo se l'Autorità, che ha adottato l'atto impugnato, assume nuovi atti, in via di ottemperanza cautelare o in autotutela, che siano soddisfattivi dell'interesse fatto valere in giudizio, ne deriverà il venir meno dell'oggetto del contendere o dell'interesse al ricorso, con conseguente pronuncia di improcedibilità o inammissibilità.

Tuttavia, nel caso in esame, al momento della trattazione della causa, non era intervenuto alcun atto soddisfacente dell'interesse della ricorrente a

vedere annullata l'aggiudicazione in favore di CTS.

Né può ritenersi che l'avvio della nuova verifica precludesse al giudice di pronunciare sulla legittimità dell'atto di aggiudicazione impugnato, oggetto del giudizio, salvi essendo ovviamente gli atti successivi, della cui validità avrebbe potuto discutersi nello stesso processo, ove gravati con motivi aggiunti, ma che ovviamente potevano costituire oggetto di automa impugnazione ove intervenuti successivamente alla pronuncia, come di fatto è avvenuto nella fattispecie, senza che possa in alcun modo ritenersi invasa da parte del Giudice la sfera di competenze propria dell'amministrazione attiva, a causa della adottata sentenza.

Si ribadisce che le iniziative assunte dall'Amministrazione nel corso del giudizio, anche in ottemperanza alla misura cautelare, ove non soddisfattive per il ricorrente non possono paralizzare la tutela giurisdizionale, pena il rimettere quest'ultima al condizionamento di iniziative potenzialmente defatigatorie dell'Amministrazione.

3. - Merita accoglimento il VI motivo di appello, col quale Croce Amica denuncia l'erroneità, illogicità e contraddittorietà della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto il motivo aggiunto col quale era stata denunciata dal Consorzio la sussistenza di "un unico centro decisionale" tra l'appellante e CTS, capogruppo dell'ATI aggiudicataria.

Il TAR ha desunto il collegamento tra le prime due graduate dagli elementi di identità tra le giustificazioni prodotte (stesso carattere, medesima impostazione e identità del contenuto) ed ha ritenuto che la stazione appaltante deve escludere i soggetti le cui offerte provengano da un "unico centro decisionale" anche se il collegamento sorge nel corso della gara, anziché al momento di presentazione delle offerte.

L'appellante contesta, innanzitutto, la portata escludente del collegamento che si manifesti dopo la presentazione delle offerte, in sede di giustificazioni, perché non sarebbe in grado di incidere sul confronto concorrenziale e si porrebbe in contrasto con la lettera dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater del codice dei contratti.

Nel caso di specie, il TAR ha affermato l'esistenza di elementi di identità tra i chiarimenti presentati in risposta alla nota del 1° agosto 2012.

Ritiene il Collegio che gli indizi di collegamento sostanziale tra le imprese, che il TAR ha ritenuto di individuare, non siano sufficienti a sorreggere il giudizio formulato.

Innanzitutto, nel caso in esame, le due offerte presentano ribassi diversi: Croce Amica ha offerto un ribasso del 15,25 % e CTS un ribasso del 17%; inoltre, non è provato alcun rapporto tra le amministrazioni delle due società.

Dal confronto tra le giustificazioni di Croce Amica e quelle di CTS (doc. 5 e doc.6 della produzione di Croce Amica) non appare evidente l'identità (stesso carattere, medesima impostazione, identità di contenuto) che il TAR ha ritenuto costituire la prova del collegamento.

Coi motivi aggiunti proposti il Consorzio aveva estrapolato alcune parti delle giustificazioni, che evidenziavano effettivamente la sovrapposibilità di alcune delle dichiarazioni rese e che il TAR ha inteso valorizzare; tuttavia, si tratta di coincidenze parziali e attendibilmente giustificabili con "l'utilizzazione ripetuta di alcuni standard già precedentemente utilizzati da entrambe le società per altre gare...per agevolare il lavoro routinario della predisposizione della domanda", come dichiara CTS nella memoria depositata il 9.11.2012 dinanzi la TAR.

In ogni caso, escluse le parti riportate nei suddetti motivi aggiunti, è complessivamente diversa la veste grafica ed il contenuto dei chiarimenti; quelli di Croce Amica sono espressi, ad es., con tabella corredata da illustrazione del costo inserito per ammortamenti (cfr. doc. 5, pag. 3, 4, 5, 6, 7), che non esiste nei chiarimenti di CTS per l'analoga voce; solo i chiarimenti di Croce Amica sono corredata da una serie di allegati (cartine, mappa esplicativa) volti a dimostrare l'esattezza del modello necessario per rendere omogeneo il dato relativo alla tariffa regionale a prestazione con quello relativo alle ore lavorate; diversi sono il contratto collettivo applicato (CCNL Servizi assistenziali ANPAS per Croce Amica e CCNL Cooperative del Settore socio-sanitario per ATI CTS); diverso l'importo degli oneri per la sicurezza sottratti dalla base d'asta; diverso l'importo dei costi di ammortamento, manutenzione dei servizi; Croce Amica produce (pag. 9) una "tabella semplificativa ricostruzione prezzo offerto annuale", che manca nella relazione di CTS.

Gli elementi di analogia tra le tabelle esplicative utilizzate da entrambe le imprese, a seconda della popolazione dei vari comuni e del tipo di trasporto (con o senza attesa, di andata e ritorno stesso paziente, trasporto contemporaneo di più pazienti, etc.), inoltre, si giustificano anche col fatto che tutti i concorrenti erano chiamati a prendere in considerazione, attraverso tabelle di raffronto, ogni singola ipotesi tariffaria prevista dal richiamato allegato alla delibera di GR VIII/2470/2006, che stabilisce una tariffa per singola prestazione a seconda che si tratti di comuni più o meno popolosi (150.000 abitanti o più, con due ipotesi di tariffe forfettarie diverse).

In conclusione, a prescindere dalla questione in diritto se sia possibile

configurare un collegamento sostanziale tra imprese in fase successiva alla presentazione delle offerte, non può essere condivisa in punto di fatto la decisione del TAR, mancando indizi univoci, precisi e concordanti a dimostrazione dell'esistenza di un "unico centro decisionale" tra le due imprese prime classificate.

5. – Quanto al quinto motivo di appello, con cui Croce Amica censura l'impugnata sentenza anche nella parte in cui non ha ritenuto che l'offerta del Consorzio Lombardia Sanità risulterebbe incongrua, va osservato che la questione esula dall'oggetto del presente giudizio, non essendo stata correttamente introdotta.

La questione, infatti, avrebbe dovuto essere proposta con ricorso incidentale in primo grado dall'odierna appellante ed, in tal caso, avrebbe potuto essere devoluta al giudice d'appello; oppure avrebbe potuto formare oggetto di autonomo ricorso, come, di fatto, risulta che Croce Amica abbia proposto al TAR Lombardia, impugnando la successiva delibera di aggiudicazione n. 989 del 2013 (Ricorso NRG 1371/2013).

6 - Con riguardo, invece, alla questione concernente la congruità dell'offerta di Croce Amica, il Collegio ritiene di disporre una verifica, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., volta ad accertare se l'offerta possa ritenersi remunerativa, tenuto conto delle giustificazioni presentate, delle indicazioni contenute negli atti di gara e dell'applicazione della delibera regionale VIII/002470 dell'11 maggio 2006.

Il verificatore dovrà rispondere ai seguenti quesiti con riguardo all'offerta economica di Croce Amica:

A)- se è corretta l'indicazione del contratto collettivo applicato e la remunerazione per le qualifiche previste per l'equipe di ambulanza (un

autista e un assistente), tenuto conto dell'allegato 1.3 delle linee di indirizzo in materia di trasporto semplice e sanitario approvate con delibera della G.R. IX/3942 del 30.5.2012;

B)- quale costo Croce Amica sia tenuta a sopportare per ogni trasporto, chiarendo, altresì, se sia logicamente plausibile che si possa effettuare più di un trasporto ad ogni ora.

Peraltro, va detto che in materia di sindacato sulla legittimità della verifica dell'anomalia, il Giudice deve solo stabilire se la stazione appaltante sia incorsa in qualche errore o illogicità manifesta e se l'offerta risulti nel suo complesso affidabile, e non può anche spingersi a sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione; di conseguenza, il tecnico incaricato non è chiamato a svolgere una nuova valutazione delle componenti dell'offerta economica, rilevando che le giustificazioni addotte da questa erano generiche, insufficienti o non documentate, ma deve relazionare se emergano indicazioni idonee ad attestare la manifesta illogicità o insufficienza di motivazioni o l'esistenza di errori di fatto che abbiano inficiato la valutazione di congruità dell'offerta fatta dall'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. VI, 20/09/2013, n. 4676).

6.1 - Con particolare riguardo agli oneri per la sicurezza aziendali, risulta dagli atti che Croce Amica ha indicato “i costi annui per la sicurezza dovuti ai rischi propri dell'appalto”, quantificandoli in complessivi euro 14.050,00 (doc. 17 della produzione documentale di primo grado del Consorzio, depositata il 24 ottobre 2012), ma non è chiaro se si tratta di estratto dell'offerta relativo al I lotto; mentre è certo che nei chiarimenti prodotti a seguito della richiesta della stazione appaltante con nota del 1° agosto 2012, si è limitata ad indicare quelli interferenziali, nella misura

specificata dalla stazione appaltante (0,5%).

Sul punto il verificatore dovrà, pertanto, rispondere al seguente quesito:

C)- se l'offerta per il lotto II di Croce Amica tiene conto degli oneri della sicurezza anche aziendali e non solo di quelli interferenziali.

Il Collegio ritiene, infatti, che nelle gare aventi ad oggetto servizi esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (all. II B – servizi sanitari e sociali) la mancanza nel bando di una previsione specifica non esenta i concorrenti dal dovere di indicare gli oneri della sicurezza aziendali e dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro, ma comporta soltanto che, ove la stazione appaltante non si sia autovincolata nella legge di gara ad osservare la disciplina di dettaglio dettata dagli artt. 86 commi 3-bis e 3-ter e 87 comma 4, del succitato Codice dei contratti pubblici, il concorrente, che non abbia indicato i suddetti oneri della sicurezza nella propria offerta, deve essere chiamato a specificarli successivamente, nell'ambito della fase di verifica della congruità dell'offerta, all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere (che sussiste anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio.

Peraltro, il disciplinare di gara (punto 3.1, lett.E) richiedeva che i concorrenti producessero una dichiarazione da cui risulti il rispetto delle norme di sicurezza e igiene del lavoro (n.1) e di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, nonché delle condizioni di lavoro ex lege 327/2000 (n. 9) ed, infine, la dichiarazione del legale

rappresentante sul rispetto della normativa sulla sicurezza sul lavoro (in particolare ex D. L.vo n. 626/94; nomina del RSPP, nomina del medico competente, documento di valutazione del rischio, formazione del personale).

L'art. 9 del capitolato speciale di appalto per il lotto II prevedeva, ancora, che “ La ditta dovrà garantire la sicurezza dei propri lavoratori sia per i rischi specifici, che per quelli da interferenza con la Fondazione, come previsto dall'art. 26 del D.Lvo 81/08”.

La dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dall'appellante (cfr. all. 4 ter - produzione documentale del Consorzio in primo grado) conteneva la dichiarazione che “l'offerta presentata e i relativi prezzi sono adeguati e sufficienti rispetto al costo del lavoro e che gli stessi comprendono i costi relativi alla sicurezza e protezione dei lavoratori”.

6.3 - Alla verifica procederà, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della presente sentenza a cura della Segreteria, entro il quale verrà depositata apposita relazione, un Funzionario nominato dal Direttore Generale della ASL della Provincia di Bergamo e allo stesso verrà corrisposta l'anticipazione provvisoria di euro 2.000, a carico dell'appellante, salvo liquidazione del compenso definitivo con la sentenza che definisce il giudizio.

7. - Si rinvia per l'ulteriore trattazione della causa all'udienza del 15 maggio 2014, riservando ogni altra decisione in rito, nel merito e sulle spese.

P.Q.M.

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

accoglie in parte e dispone verificaione nei termini di cui in motivazione, rinviando per l'ulteriore trattazione alla pubblica udienza del 15 maggio 2014.

Riservata ogni altra decisione in rito, nel merito e sulle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2014

IL SEGRETARIO

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