

Pubblicato il 13/03/2018

N. 01609/2018REG.PROV.COLL.

N. 07040/2017 REG.RIC.



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 7040 del 2017, proposto da:
G.S.A. - Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli, Luca Mazzeo, con
domicilio eletto presso lo studio Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi 5;

contro

Azienda Ulss 3 Serenissima, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato
e difeso dagli avvocati Alfredo Bianchini, Gabriele Pafundi, con domicilio eletto
presso lo studio Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare 14;

nei confronti di

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Giuseppe Innocenti, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria
Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro N. 13;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Veneto, sede di Venezia, sezione Terza n.

886/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio presso l'ospedale SS. Giovanni e Paolo di Venezia;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Elisicilia S.r.l. e di Azienda Ulss 3 Serenissima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Luca Mazzeo, Alfredo Bianchini e Michele Romaniello su delega di Giuseppe Innocenti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame la società GSA-Gruppo Società Servizi Associati S.p.A. -- che in precedenza svolgeva il relativo servizio -- chiede l'annullamento della sentenza con cui il Tar ha respinto la sua richiesta di annullamento dell'aggiudicazione del servizio di vigilanza antincendio presso l'ospedale SS. Giovanni e Paolo di Venezia, alla controinteressata "Elisicilia S.r.l".

L'appello è affidato alla denuncia di due rubriche di gravame relative alla violazione degli articoli 95 e 97 del D.lgs. 12 aprile 2016 n. 50.

Con atto di costituzione del 10 ottobre 2017, e successiva memoria con annesso ricorso incidentale del 24 ottobre 2017, l'Asl ha eccepito in linea preliminare l'inammissibilità del secondo motivo per tardività e per carenza di interesse e, comunque, ha sottolineato nel merito l'infondatezza della censura concernente la pretesa anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Con decreto monocratico n. 4379 del 10 ottobre 2017 il Presidente della Sezione

ha respinto la richiesta di misure cautelari urgenti in relazione alla “non evidente fondatezza” del gravame.

Con memoria di costituzione, e con ulteriori scritti difensivi per la camera di consiglio e per la discussione, Elisicilia S.r.l. ha confutato le tesi dell'appellante chiedendo il rigetto dell'appello.

Con memoria conclusiva l'appellante GSA, a sua volta, ha replicato alle tesi di controparte ed ha insistito nelle sue conclusioni.

All'udienza pubblica, uditi i difensori delle parti, l'appello è stato ritenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1.§. In linea preliminare, per ragioni di economia processuale, può prescindersi dalle eccezioni sollevate dalla difesa delle parti resistenti in ragione dell'infondatezza nel merito dell'appello principale.

2.§. Con il primo motivo, la GSA lamenta l'erroneità della decisione del primo giudice che avrebbe ritenuto corretto lo scostamento dell'offerta aggiudicataria dalle tabelle ministeriali ed avrebbe quindi giudicato legittimo il giudizio di congruità dell'offerta di € 117.117,17 dell'Elisicilia s.r.l., che prevedeva un prezzo orario di € 11,45.

2.§.1. Tale costo orario sarebbe stato inferiore del 20% rispetto all'importo orario delle tabelle ministeriali e dalla contrattazione collettiva di settore che prevedrebbero un costo orario di € 14,39.

Inoltre l'Elisicilia s.r.l. non avrebbe computato la maggior remunerazione oraria per le festività ed altresì non avrebbe dimostrato l'effettiva spettanza dei cosiddetti “sgravi contributivi” di cui alla legge n.190/2014 i quali, in ogni caso, non avrebbero potuto concernere tutto il personale per l'intera durata dell'appalto per cui è causa. Nel conteggio della base contributiva non sarebbero poi state computate le maggiorazioni del CCNL ANISA previste rispettivamente:

- dall'articolo 21, punto 1, per cui ai lavoratori impegnati nei turni continui e avvicendati nelle 24 ore, compete il 10% in più sul minimo paga-base;
- dall'art. 37, che riconosce ai lavoratori, uno scatto d'anzianità pari al 2,5% ogni 30 mesi servizio.

Sulla base della tabella riportata nell'appello calcolato in applicazione delle predette disposizioni, l'onere per un'unità di livello F avrebbe dovuto ammontare in totale ad annui € 17.964,65 (corrispondenti a € 15.319,60 e € 2645,05 per i soli oneri riflessi), di molto superiore ai complessivi € 15.908,20 (rispettivamente di € 13.135,7 e € 2272,00) risultanti dall'offerta dall'aggiudicataria,

L'Elisicilia s.r.l. si sarebbe limitata a conteggiare le maggiorazioni per i turni alle sole ore notturne e festive effettivamente prestate, sul presupposto che le giornate festive non lavorate non venissero pagate e quindi non costituissero un onere per l'azienda; inoltre avrebbe obliterato del tutto il costo per l'anzianità che sarebbe stato pari a € 681,78.

Pertanto l'offerta della Elisicilia s.r.l. sarebbe stata intrinsecamente inaffidabile perché inferiore del 13% alle tariffe ministeriali e non avrebbe tenuto conto degli oneri reali e dei maggiori costi.

2.§.2. Con un secondo profilo della medesima doglianza si lamenta che la stazione appaltante non avrebbe correttamente valutato la mancata dimostrazione da parte dell'aggiudicataria dell'effettiva spettanza degli sgravi contributivi. In particolare, nella sua risposta alla richiesta di giustificazioni, l'Elisicilia s.r.l. avrebbe genericamente affermato che gli sgravi sarebbero stati applicati a tutto il personale della ditta aggiudicataria e che l'istituto non avrebbe rilasciato le certificazioni richieste.

Inoltre le dichiarazioni allegate in quella sede dalla controinteressata non sarebbero altro che dichiarazioni di parte, sprovviste di ricevute, che il sistema informatico rilascerebbe a comprova del pervenimento delle stesse. Dalle stesse emergerebbe

che gli sgravi non sarebbero stati applicabili a tutti i lavoratori ed, in ogni caso, non per tutto il periodo dell'appalto.

2.§.3. L'impianto complessivo non convince.

Come è noto, nelle gare pubbliche la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte. La relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Consiglio di Stato sez. V 30 ottobre 2017 n. 4978).

Di norma infatti il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione, ma può solo verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 15 settembre 2017 n. 4350). Solo in tali limiti, il giudice di legittimità, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione, può esercitare il proprio sindacato (cfr. Consiglio di Stato sez. V 21 novembre 2017 n. 5387).

Nella sostanza poi, un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi: perché possa dubitarsi della sua congruità, occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate (cfr. Consiglio di Stato sez. III 21 luglio 2017 n. 3623). Il che deve escludersi nella presente fattispecie.

La tabella contenuta nella memoria dell'Azienda USSL – che reca l'analitica indicazione dei nomi dei lavoratori, della loro data di assunzione e di cessazione, delle retribuzioni e delle ore lavorate -- appare sufficientemente idonea a giustificare il giudizio della stazione appaltante, ed a dimostrare l'infondatezza dei conteggi genericamente posti a base della censura dell'appellante senza riferimenti concreti ai lavoratori impiegati. Né l'appellante ha successivamente realmente confutato tali dettagli.

Risulta dunque convincente il rilievo dell'appellata per cui, dato che il conteggio avrebbe dovuto essere computato sui sette mesi di durata dell'appalto (e non dodici come artatamente calcolato da GSA), le differenze avrebbero portato ad un aumento comunque modesto, pari a 0,26 centesimi/ora, il quale a sua volta – se moltiplicato per le ore previste per il servizio, effettivamente gravate da questo maggior onere -- avrebbe avuto un'incidenza del tutto trascurabile di € 932,78, pari cioè allo 0,80% sul totale dell'appalto.

Quanto alla mancata dimostrazione degli sgravi, in assenza di una specifica querela di falso dei documenti prodotti dell'aggiudicataria, non v'è ragione di ritenere che non corrispondano alla verità della situazione aziendale in essere:

- né la stampa del documento estratto dal “Cassetto Previdenziale” INPS dell'azienda riportante a pagina 1 i codici di autorizzazione delle agevolazioni;
- e né la copia della nota del 13 ottobre 2016 con cui l'INAIL comunicava all'azienda l'esito positivo del controllo sui tassi indicati (cfr. allegato n. 8 ai documenti versati dall'Azienda USSL 3 Serenissima).

Sotto il profilo sintomatico il giudizio della Stazione appaltante relativo alla congruità del costo orario ordinario, festivo e notturno indicato dalla Elisicilia s.r.l. non appare dunque palesemente e macroscopicamente incongruo.

Si deve pertanto escludere che il giudizio di non anomalia posto in essere dalla stazione appaltante fosse inficiato da macroscopiche illegittimità derivanti da gravi

ed evidenti errori di valutazione oppure abnormi valutazioni o da errori di fatto.

Il motivo va dunque integralmente disatteso.

3.§. Con il secondo motivo si lamenta la declaratoria dell'inammissibilità, e comunque dell'infondatezza del motivo subordinato con cui si denunciava la violazione degli articoli 50 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, in base ai quali l'appalto in questione sarebbe stato riconducibile a quelli “*ad alta intensità di manodopera*”, per il quale sarebbe stato dunque obbligatorio il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In linea preliminare erroneamente il Tar avrebbe ritenuto inammissibile detta censura solo perché il bando di gara non sarebbe stato esplicitamente impugnato in quanto, al contrario, nel terzo motivo si faceva espresso riferimento alla *lex specialis*.

Nel merito, sarebbero comunque anche inesatte le conclusioni della sentenza di rigetto della censura perché l'appalto concernerebbe un servizio “ad alta intensità di manodopera”. Una lettura coordinata del comma 3 e del comma 4 dell'articolo 95 del codice dei contratti, alla luce della delega di cui alla legge n. 11/2016, comporterebbe che, anche per la tipologia di contratto qui in appalto, avrebbe dovuto essere utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale sistema avrebbe dovuto in ogni caso essere utilizzato anche perché la vigilanza antincendio all'interno di un ospedale costituirebbe una “*funzione altamente specialistica ad elevata personalizzazione*”.

L'assunto è infondato nel merito.

A prescindere dai suoi profili di ammissibilità, si deve annotare che la legge delega n. 11 cit. ed il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n.50/2016 (sulla scia delle direttive del 2014), certamente pongono una tendenziale preferenza per l'aggiudicazione tramite il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Tuttavia l'art. 95 sul

“Criterio di aggiudicazione dell'appalto” al comma 4 lett. b) espressamente consente, in via di eccezione, che “*per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato,*” possa farsi l'applicazione del criterio del “minor prezzo”.

Tale indicazione è palesemente finalizzata a garantire una significativa accelerazione della procedura, soprattutto quando le prestazioni non devono assolutamente differire da un esecutore ad un altro.

Il “minor prezzo” resta dunque circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindersi da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico.

In tale ottica la tipologia di cui alla lett. b) del comma 4 dell'art. 95 attiene ad un ipotesi ontologicamente del tutto differente sia dall'appalto “ad alta intensità di manodopera” di cui all'art.95 comma 3 lett. a) che concerne prestazioni comunque tecnicamente fungibili; e sia da quelli caratterizzati da “*notevole contenuto tecnologico*” o di “*carattere innovativo*” di cui all'art 95 comma n. 4 lett. c) del codice dei contratti, attinenti tipicamente a prestazioni di contenuto evolutivo.

Per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi è alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese.

Tale caratteristica strutturale del rapporto appare puntualmente ricorrere nel caso in esame.

Tutte le azioni di servizio antincendi sono puntualmente specificate nel capitolato

speciale, proprio al fine di impedire possibili pericolose deficienze nell'attività di prevenzione.

Il presente servizio di vigilanza è infatti strettamente caratterizzato dagli standard prestazionali dell'art.3 e segg., che definiscono tutta una serie di procedure che sono tipicamente connotate dal requisito della ripetitività sotto il profilo operativo e temporale: attività di ronda, di ispezione (es. uscite di emergenza e vie di esodo), di verifica (es. maniglie antipanico, illuminazione di emergenza, pulsanti di allarme, segnaletica di sicurezza, ecc.), di controllo (es. valvole di intercettazione gas infiammabili, porte REI, checkup estintori, dispositivi di primo soccorso, ecc. ecc.).

Nel caso in esame quindi, sotto il profilo oggettivo, l'appalto era dunque assolutamente riconducibile all'ambito applicativo dei contratti standardizzati "da aggiudicare al minor prezzo", perché caratterizzati da un'elevata standardizzazione delle prestazioni.

Di qui la legittimità sul punto del bando e della conseguente procedura di gara.

4.§. L'appello è dunque infondato e, per l'effetto, la sentenza impugnata merita piena conferma.

Deve di conseguenza esser dichiarato improcedibile l'appello incidentale subordinato introdotto dall'appellata azienda sanitaria.

Le spese, secondo le regole generali, seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto, e per l'effetto conferma la sentenza impugnata con le integrazioni di cui in motivazione.
2. Dichiaro improcedibile per difetto di interesse l'appello incidentale;

3. Condanna la società appellante G.S.A. al pagamento delle spese del presente giudizio che sono liquidate rispettivamente in € 2000,00(Euro duemila/00) in favore della Azienda ULSS 3 Serenissima ed in € 2000,00(Euro duemila/00) in favore dell'Elisicilia s.r.l., oltre gli accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO

•