

APPALTI - BANDI - CRITERI DI AGGIUDICAZIONE - OBBLIGO CRITERIO OEPV - IPOTESI DEROGATORIE - URGENZA - INSUSSISTENZA

Per l'aggiudicazione di un servizio ad alta intensità di manodopera che abbia, contemporaneamente, caratteristiche standardizzate si applica il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche qualora ricorrano esigenze di straordinarietà ed urgenza, atteso che l'art. 95, c. 4 del d.lgs. 50/2016 non annovera le "esigenze acceleratorie" tra i casi di deroga.

TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, sentenza n. 2267/2019

Publicato il 26/09/2019

N. 02267/2019 REG.PROV.COLL.

N. 01194/2018 REG.RIC.



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 Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1194 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Rekeep S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Mastragostino, Cristiana Carpani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Giulia Mancuso in Palermo, piazza Francesco Crispi n. 9;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale (9) Trapani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Mazzarella, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Palermo, via Caltanissetta 1;

nei confronti

Bsd S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Idone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio Patrizia Stallone in Palermo, via A.Veneziano 69;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- dell'avviso di gara pubblicato in data 28 maggio 2018 e della relativa disciplina, con cui l'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani ha indetto una procedura negoziata ex art. 63 del d.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dei PP.OO. di Mazara del Vallo, Castelvetro, Salemi, Alcamo, Trapani, Pantelleria e dei Distretti sanitari dell'ASP medesima, suddivisa in tre lotti, per il periodo compreso tra il 16 giugno 2019 ed il 15 giugno 2018, eventualmente prorogabile per un ulteriore anno;

- di ogni ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo, anche non cognito;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della Deliberazione del Commissario n. 257 in data 7 febbraio 2019, comunicata all'attuale ricorrente a mezzo pec in data 8 febbraio 2019 per il tramite della nota prot. n. 0015543, recante l'aggiudicazione del lotto B della procedura negoziata ex art. 63 del d.Lgs. n. 50/2016, indetta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dei PP.OO. di Mazara del Vallo, Castelvetro, Salemi, Alcamo, Trapani, Pantelleria e dei Distretti sanitari dell'ASP medesima;

- dell'avviso di gara pubblicato in data 28 maggio 2018 e della relativa disciplina, con cui L'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani ha indetto una procedura negoziata ex art. 63 del d.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di pulizia e

sanificazione dei PP.OO. di Mazara del Vallo, Castelvetro, Salemi, Alcamo, Trapani, Pantelleria e dei Distretti sanitari dell'ASP medesima, suddivisa in tre lotti, per il periodo compreso tra il 16 giugno 2019 ed il 15 giugno 2018, eventualmente prorogabile per un ulteriore anno;

- di ogni ulteriore provvedimento antecedente e/o successivo, anche non cognito;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale (9) Trapani e della Bsd S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2019 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 22 giugno 2018 e depositato il 26 giugno successivo la società ricorrente ha chiesto l'annullamento previa sospensiva dell'avviso di gara pubblicato in data 28 maggio 2018 e della relativa disciplina con cui L'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani ha indetto una procedura negoziata ex art. 63 del d.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dei PP.OO. di Mazara del Vallo, Castelvetro, Salemi, Alcamo, Trapani, Pantelleria e dei Distretti sanitari dell'ASP medesima, suddivisa in tre lotti, per il periodo compreso tra il 16 giugno 2019 ed il 15 giugno 2018, eventualmente prorogabile per un ulteriore anno.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) *“Violazione dell'art. 35 del d.Lgs. n. 50/2016. Incongruità per incapacienza dell'importo presunto posto a base di gara. Violazione dei principi di concorrenzialità”.*

La società ricorrente lamenta l'incapienza della base d'asta e la conseguente impossibilità per i potenziali concorrenti di proporre un'offerta remunerativa; in particolare deduce che, moltiplicando il monte ore minimo mensile richiesto per ciascun lotto, per un totale di 17.986,58 ore/mese per la prevista durata annuale della procedura negoziata, si otterrebbe un impegno complessivo pari a 215.838,96 ore/anno. Se poi si moltiplica tale monte ore per il costo orario medio della manodopera di II livello del vigente CCNL (quindi, prendendo a riferimento un livello molto basso), pari a € 15,84, il costo complessivo della sola manodopera ammonterebbe a € 3.418.889,12, dato questo di gran lunga superiore alla base d'asta annuale pari a € 2.616.882,32, come identificata dalla lex specialis.

2) *“Violazione del comma 3, lett. a) ed erronea applicazione del comma 4, lett. c) dell’art. 95 del d.Lgs. n. 50/2016. Insussistenza dei presupposti per l’applicazione del criterio del prezzo più basso. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 2 del 21 settembre 2016. Violazione dell’art. 95, comma 5 del d.Lgs. n. 50/2016. Difetto di motivazione o, comunque, eccesso di potere per motivazione erronea”*.

La società ricorrente deduce la illegittimità del criterio di aggiudicazione evidenziando la circostanza che il Servizio di pulizia e sanificazione rappresenta un servizio ad alta intensità di manodopera, nei termini precisati dall'art. 50 del d.Lgs. n. 50/2016. Si tratterebbe, infatti, di un servizio nel quale il costo della manodopera è certamente di gran lunga superiore al 50% dell'importo totale del contratto. La circostanza che si tratti di un servizio ad alta intensità di manodopera avrebbe, di per sé, dovuto portare alla previsione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e ciò in applicazione dell'art. 95, comma 3, lett. a) del d.Lgs. n. 50/2016. Nella fattispecie non ricorrerebbero i presupposti di cui al cit. art. 95, comma 4, lett. c), i quali sono chiaramente individuati in: a) servizi di importo fino a 40.000 euro; b) servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'art. 35, solo se

caratterizzati da elevata ripetitività. L'affidamento di cui si discute contempla una base d'asta complessiva (ma anche in relazione a ciascuno dei tre lotti) superiore alla soglia di cui all'art. 35. Ma anche qualora ricorressero, i presupposti identificati dalla lett. c) del cit. comma 4, dovrebbe comunque prevalere il comma 3 dell'art. 95, aspetto su cui la più recente giurisprudenza si sarebbe peraltro già soffermata, precisando che esiste un rapporto di specie a genere tra il comma 3 dell'art. 95 ed il comma 4 del medesimo articolo.

La società ricorrente ha altresì chiesto la condanna dell'Azienda intimata al "risarcimento in forma specifica del danno subito (...) ordinando all'Amministrazione appaltante di procedere alla riedizione della gara nel rispetto della vigente disciplina in materia".

Per resistere al ricorso si è costituita la ASP di Trapani.

Con ordinanza del 26/07/2018 n. 704, la domanda cautelare di parte ricorrente è stata respinta *"ritenuto, in relazione alla tipologia, scopo ("gara ponte") e durata dell'affidamento, che nel caso di specie debba prevalere l'interesse generale sotteso alla sollecita definizione della procedura"*.

Con ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente ha chiesto l'annullamento per illegittimità derivata della Deliberazione del Commissario n. 257 in data 7 febbraio 2019, recante l'aggiudicazione del lotto B della procedura in questione in favore della controinteressata BSD S.r.l.

Quest'ultima si è costituita in giudizio chiedendo che il ricorso sia rigettato.

Con ordinanza del 05/04/2019 n. 465, la Sezione:

a) ha preso atto dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato della questione se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016 tra il comma 3, lett. a (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4, lett. b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor

prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), *“vada incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell’o.e.p.v.”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 05/02/2019 n. 882);

b) ha ritenuto di accordare prevalenza, in una valutazione comparativa dei contrapposti interessi, alla opzione di conservazione dell’efficacia dei provvedimenti avversati, onde assicurare l’operatività al servizio, sì da soddisfare le esigenze connesse all’interesse generale all’esecuzione del contratto.

c) ha fissato pubblica udienza per la discussione del merito per il giorno 25 luglio 2019.

Nelle more della trattazione di merito, la ASP di Trapani, in persona del Commissario Straordinario, in data 11 giugno 2019, ha sottoscritto con la BSD s.r.l. aggiudicataria, il contratto d’appalto relativo all’affidamento del servizio oggetto di causa.

In vista dell’udienza di merito le parti hanno depositato memorie e documenti.

Alla pubblica udienza fissata per la sua discussione, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio rileva che la società ricorrente ha depositato, il 9 luglio 2019 unitamente alla memoria conclusiva, la nota con la quale la stazione appaltante ha comunicato a Rekeep l’intervenuta stipula del contratto (per il lotto B) tra la ASP di Trapani e la controinteressata BSD.

Trattasi di un documento datato 25 giugno 2019 e che avrebbe potuto essere agevolmente depositato entro il termine processuale del 4 luglio 2019 e del quale pertanto, in accoglimento della specifica eccezione in tal senso formulata dalla resistente ASP, va disposta l’espunzione dal presente giudizio.

Sempre in via preliminare il Collegio esamina l'eccezione con la quale la difesa dell'ASP di Trapani ha dedotto che soltanto con la memoria finale del 9 luglio 2019, per la prima volta, la società ricorrente avrebbe introdotto nel presente giudizio, una domanda risarcitoria "per equivalente" peraltro, notificata al sottoscritto difensore (a mezzo posta e non a mezzo PEC), ed anche all'ASP, soltanto l'11 luglio 2019 (a 14 giorni dall'udienza di merito e a due giorni dalla scadenza della memoria di replica).

L'eccezione è fondata.

Con specifico riferimento alla domanda risarcitoria, le conclusioni contenute sia nel ricorso introduttivo che in quello per motivi aggiunti sono le seguenti: "Voglia, altresì, condannare l'Azienda medesima al risarcimento in forma specifica del danno subito dalla ricorrente, ordinando all'Amministrazione appaltante di procedere alla riedizione della gara nel rispetto della vigente disciplina in materia. Con vittoria di spese ed onorari".

A fronte di una siffatta richiesta, non può essere consentito di introdurre la domanda risarcitoria per equivalente nelle forme proposte dalla ricorrente vale a dire notificando l'atto oltre il termine perentorio fissato per la memoria ex art. 73 c.p.a., con il risultato, inammissibile, di estendere il petitum senza che le altre parti possano difendersi adeguatamente, in spregio ai principi del contraddittorio e della parità dei mezzi che governano anche il processo amministrativo.

Deve pertanto ritenersi che la società ricorrente abbia delineato il proprio interesse al ricorso, limitandolo alla riedizione della procedura (c.d. interesse strumentale) ed è entro tali termini che detto interesse sarà scrutinato.

Fatta questa premessa, non è contestato che la ricorrente oltre ad impugnare la clausola (non escludente) del bando relativa al criterio di aggiudicazione ha partecipato alla gara di cui si controverte impugnando altresì l'aggiudicazione in favore della controinteressata. Ne consegue che sussiste nel caso di specie

L'interesse a ricorrere in relazione all'utilità che potrebbe derivare alla ricorrente da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalla ricorrente medesima il criterio cui avrebbe dovuto attenersi l'amministrazione nell'aggiudicare il servizio de quo (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 28/11/2018 n. 2518).

Appare dunque dirimente la questione sollevata con il secondo motivo del ricorso introduttivo e relativa alla asserita insussistenza dei presupposti per l'applicazione del criterio del prezzo più basso.

Com'è noto all'indomani dell'entrata in vigore del codice si è posta la questione del rapporto tra l'esclusività del criterio dell'o.e.p.v. per i servizi ad alta intensità di manodopera (art. 95, c. 3) e l'ammissibilità del criterio del prezzo più basso per i servizi con caratteristiche standardizzate (art. 95, c. 4 lett. b), per l'ipotesi in cui la prestazione abbia entrambe le caratteristiche, ossia alta intensità di manodopera e standardizzazione.

La questione ha trovato soluzione prima da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e poi dalla Legge n. 55/2019, di conversione del D.L. n. 32/2019, nel senso del primato del criterio dell'OEPRV (art. 95, c. 3, lett. a), anche in presenza di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato (art. 95, c. 4, lett. b), se vi sia alta intensità di manodopera.

Con la sentenza del 21 maggio 2019, n. 8 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha statuito che gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice.

Il massimo consesso della Giustizia Amministrativa ha infatti chiarito che in questo senso va composto il contrasto di giurisprudenza venutosi a creare per effetto delle pronunce richiamate dalla Sezione rimettente, in particolare per effetto della sentenza della III Sezione del 13 marzo 2018, n. 1609, che con riferimento ad un servizio di vigilanza antincendio a favore di un'azienda sanitaria locale, aveva invece affermato la prevalenza del criterio del massimo ribasso ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del codice dei contratti pubblici (peraltro supponendo che: «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 non già all'esito di un'analisi del rapporto strutturale tra le due diverse disposizioni di legge).

L'Adunanza Plenaria ha ribadito che le caratteristiche di servizio ad alta intensità di manodopera della vigilanza antincendio non consentono che lo stesso sia aggiudicato con il criterio del massimo ribasso, benché caratterizzato anche da una forte standardizzazione delle attività in esso comprese. Ha affermato che il comma 3 dell'art. 95 del Codice dei contratti si pone ad un punto di convergenza di valori espressi in sede costituzionale e facoltà riconosciute a livello europeo ai legislatori nazionali, per la realizzazione dei quali nel codice dei contratti pubblici il miglior rapporto qualità/prezzo è stato elevato a criterio unico ed inderogabile di aggiudicazione per appalti di servizi in cui la componente della manodopera abbia rilievo preponderante.

Sulla base dell'analisi normativa interna ed europea, si può dunque pervenire a definire il rapporto tra i commi da 2 a 5 dell'art. 95 in esame nel senso seguente:

- ai sensi del comma 2 le amministrazioni possono aggiudicare i contratti di appalto pubblico secondo il criterio (ora denominato in generale) dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata dal miglior rapporto qualità/prezzo

o che abbia a base il prezzo o il costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia;

- in attuazione della facoltà riconosciuta agli Stati membri dalla direttiva 2014/24/UE di escludere o limitare per determinati tipi di appalto il solo prezzo o il costo (art. 67, par. 2, ultimo cpv., sopra citato), e in conformità ai criteri direttivi della legge delega n. 11 del 2016, il comma 3 pone invece una regola speciale, relativa tra l'altro ai servizi ad alta intensità di manodopera, derogatoria di quella generale, in base alla quale per essi è obbligatorio il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo;

- per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate si riepande invece la regola generale posta dal comma 2, con il ritorno alla possibilità di impiegare un criterio di aggiudicazione con a base l'elemento prezzo, e precisamente il «minor prezzo», purché questa scelta sia preceduta da una «motivazione adeguata».

Nell'ipotesi in cui un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo art. 95, come nel caso che ha dato origine alla rimessione a questa Adunanza plenaria, il conflitto di norme deve essere risolto a favore del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma 4 è recessivo.

Ciò posto a fronte del *dictum* della Plenaria n. 8/2019, la difesa della Azienda resistente ha dedotto che il Consiglio di Stato, non poteva conoscere, quando ha spedito la causa in decisione (all'udienza pubblica del 17 aprile 2019), le novità normative che sarebbero state introdotte con il D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "decreto sblocca-cantieri"), confermate dalla legge di conversione L. 55/2019, con decorrenza 18 giugno 2019 posto che a seguito delle modifiche all'art. 95, comma 4, lett. b), del D.lgs. 50/2016, la norma testé citata è passata da: "Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo (...) per i servizi e le forniture con

caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato” a: “Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo (...) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lettera a)”. Da ciò la società ricorrente inferisce che prima di tale modifica normativa sarebbe stato possibile per la stazione appaltante scegliere discrezionalmente il criterio selettivo da adottare. E ciò, a maggior ragione nelle ipotesi di straordinarietà ed urgenza che legittimano le procedure finalizzate alla stipula di un “contratto-ponte”. Il ricorso da parte dell’ASP Trapani al criterio del prezzo più basso troverebbe la sua giustificazione alla necessità di garantire una significativa accelerazione della procedura. Inoltre quella in esame si distinguerebbe dalla fattispecie esaminata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato anche per il fatto che la procedura *de qua* sarebbe stata preceduta da una consultazione del mercato, a seguito della quale l’ASP avrebbe fissato le condizioni e la base d’asta, nonché per la nomina - durante l’espletamento della gara - di un consulente del lavoro, al fine di verificare che le offerte dei concorrenti, nonostante i ribassi applicati, fossero rispettose delle condizioni minime contrattuali e salariali dei lavoratori impiegati dalle imprese.

Le suesposte considerazioni benché abilmente argomentate, non persuadono.

Ad avviso del Collegio la soluzione espressa dall’Adunanza Plenaria (e ribadita anche dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 24 gennaio 2019, n. 605) va affermata anche nel caso di specie in cui non è in contestazione che si tratti di un servizio ad alta intensità di manodopera il che avrebbe, di per sé, dovuto portare alla previsione del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa e ciò in applicazione dell’art. 95, comma 3, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016.

Tale principio - che il Legislatore con il c.d. “decreto sblocca-cantieri” ha inteso semplicemente ribadire - non ammette eccezioni se non quelle espressamente previste dal Legislatore che non ha previsto le ipotesi di straordinarietà ed urgenza che legittimano le procedure finalizzate alla stipula di un “contratto-ponte” tra tali ipotesi; in ogni caso l’urgenza non può, ai sensi dell’art. 95, co. 3 e co.4, giustificare una deroga al criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa in assenza peraltro di puntuale motivazione, atteso che il comma 4 dell’art. 95 del cod. non contempla le esigenze “acceleratorie” tra le ipotesi di deroga; né tale motivazione può rinvenirsi nella previa consultazione del mercato o nella nomina, durante l’espletamento della gara, di un consulente del lavoro, come sostenuto dall’amministrazione.

Ne discende che in accoglimento del secondo motivo e assorbita ogni altra censura il ricorso principale ed i connessi motivi aggiunti risultano fondati, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese del presente giudizio possono andare compensate tenuto conto della peculiarità della fattispecie e dell’alternativo esito della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2019 con l’intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Francesco Mulieri, Primo Referendario, Estensore

Raffaella Sara Russo, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola

IL SEGRETARIO