

APPALTI - ANOMALIA - COSTO DEL LAVORO - SCOSTAMENTO DALLE TABELLE MINISTERIALI - AMMESSO

Per l'esame dell'anomalia dell'offerta la difformità dalle tabelle ministeriali non è profilo dirimente, in quanto in sede di valutazione della non anomalia dell'offerta i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un mero parametro di valutazione della congruità dell'offerta. Perciò l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio di anomalia ed occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 3694/2020

Publicato il 09/06/2020

N. 03694/2020REG.PROV.COLL.

N. 09712/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9712 del 2019, proposto da Pellegrini s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco, Luigi Manzi, Manuela Muscardini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Franciacorta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Dario Meini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria S.p.a. (Già Arca S.p.A.) non costituito in giudizio;

nei confronti

So.Tr.A.F. di Marguati S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Balossino, Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta 142; Pfe s.p.a., quale mandante R.t.i., Ferco S.r.l. quale Mandante R.t.i., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza, n. 138 del 18 febbraio 2020 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Brescia, sez. I, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso dell'odierna appellante Pellegrini s.p.a. avverso la deliberazione del direttore generale n. 453 di data 13 agosto 2019, con la quale è stato aggiudicato al RTI composto da SOTRAF di Maraguati s.r.l. (mandataria), PFE s.p.a. e FERCO s.r.l. (mandanti) il servizio di pulizia e disinfezione degli ambienti dei presidi ospedalieri e delle strutture territoriali della ASST della Franciacorta, per un periodo di 60 mesi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Franciacorta e di So.Tr.A.F. di Marguati S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica, in modalità telematica, del giorno 28 maggio 2020 il Cons. Antonio Massimo Marra.

trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020, conv. con mod. in l. n. 27 del 2020;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La controversia in esame trae origine dalla gara bandita dall'odierna appellata, mediante procedura avente natura di appalto specifico, in quanto si basa sull'accordo quadro per l'affidamento dei servizi di pulizia e disinfezione degli ambienti dei presidi ospedalieri e delle strutture territoriali, sottoscritto dall'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti (di qui in avanti, per brevità ARIA) ai sensi dell'art. 54 comma 4-c del D.lgs. 50/2016.

Ai fini dell'aggiudicazione è stato adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50; con durata del servizio fissata in sessanta mesi.

Alla definizione dell'accordo quadro, suddiviso in sei lotti, si è giunti in esito alla procedura indetta da ARCA, con determinazione del direttore generale del 26 maggio 2016.

Per ciascun lotto ARIA ha individuato un elenco di operatori economici abilitati a ricevere la lettera di invito e, la ASST della Franciacorta, (di qui in avanti, per brevità, ASST) è stata inserita nel lotto 1.

Alla gara indetta dalla ASST hanno partecipato le sei imprese, qualificate come idonee da ARIA per il visto lotto 1, tra cui la ricorrente Pellegrini s.p.a. e la controinteressata So.tr.af di Marguati s.r.l., entrambe in qualità di mandatarie dei rispettivi R.T.I..

A seguito della pubblicazione della determina di aggiudicazione del direttore generale n. 453 del 13 agosto 2019, in favore dell'odierna appellata Sotraf di Marguati s.r.l., (d'ora in avanti per brevità So.tra.f) la controinteressata si è, dunque, classificata al primo posto con 89,65 punti (49,65 per l'offerta tecnica e 40,00 per l'offerta economica); laddove, l'appellata è risultata seconda con 86,86 punti (55,47 per l'offerta tecnica e 31,39 per l'offerta economica).

Ai fini della verifica di anomalia, la controinteressata ha depositato le proprie giustificazioni in data 15 e 23 luglio 2019, indicando un utile di gestione complessivo, per l'intera durata dell'appalto, pari a €. 35.000, ossia € 7.000 per ciascun anno.

A seguito di tale doglianza, la Commissione giudicatrice, riunitasi il 30 luglio 2019, come da verbale in pari data, ha riesaminato le offerte.

All'esito di tale seduta, la Commissione ha confermato aggiudicataria So.tra.f.

ARIA, con la determinazione n. 453 del 13 agosto 2019 ha, perciò, disposto l'aggiudicazione del servizio al RTI della controinteressata.

Pellegrini odierna appellante, gestore uscente dell'*infra* indicato servizio ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Brescia, la vista aggiudicazione, articolando quattro motivi di censura, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'efficacia, l'annullamento.

Nel primo grado del giudizio si sono costituiti l'ASST e la controinteressata So.tr.af per chiedere la reiezione del ricorso.

All'esito del giudizio il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Brescia, con la sentenza n. 138/2020 del 18 febbraio 2020 resa tra le parti, ha respinto il ricorso proposto da Pellegrini.

Avverso tale sentenza ha interposto appello Pellegrini, articolando, quattro motivi di appello, di cui gli ultimi due in subordine – ed entrambi volti alla riedizione

dell'intera procedura di gara - e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti gravati in prime cure.

Si sono costituite ASST e la controinteressata Sotraf per chiedere la reiezione dell'appello.

All'udienza, in modalità telematica, del 28 maggio 2020 fissata ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

L'appello di Pellegrini è infondato.

Con il primo, pluriarticolato, motivo di appello (pp. 7-13) l'odierna appellante ha contestato, anzitutto, la motivazione della sentenza impugnata, là dove non ha tenuto conto della natura dell'appalto "ad alta intensità di manodopera" e ritenuto congruo il costo del lavoro offerto da Sotraf, nel cui ambito sarebbero stati considerati indebitamente - al fine di giustificare l'offerta allegatamente sottostimata - oltre ai minori costi derivanti dal ricorso al lavoro supplementare per la sostituzione degli assenti, alcune voci, non contemplate dalle Tabelle, relative alla rivalutazione del TFR, nonché all'asserito risparmio dell'aliquota Irap al 3,9%, da sole idonee ad erodere ampiamente l'esiguo utile dichiarato (di €. 7000 per ciascun anno).

Il ricorso al lavoro supplementare, ad avviso dell'appellante, avrebbe poi reso aleatoria l'offerta non potendosi ancorare il parametro giustificativo a prestazioni non determinate, giacché il personale di 2° livello a cui è rivolta detta offerta lavorativa non avrebbe potuto garantire in anticipo l'effettiva adesione alla prestazione lavorativa supplementare: simile prestazione avrebbe infatti postulato il consenso dei dipendenti, di tal che non poteva ritenersi esigibile nei riguardi di personale né obbligato, né assoggettato ad eventuali misure disciplinari; e, sotto altro profilo, l'aggiudicataria ha fatto indebitamente ricorso al lavoro supplementare essenzialmente per "coprire" le ore lavorative "ordinarie" -

necessarie per l'esecuzione dell'appalto - e non già per coprire la sostituzione degli assenti.

La Pellegrini s.p.a, pur riconoscendo che "le tabelle ministeriali costituiscono un semplice punto di riferimento per l'esame dell'anomalia dell'offerta" osserva che i costi orari indicati dalla controinteressata e quelli indicati nelle Tabelle presentano discordanze considerevoli, tali da renderli ingiustificati rispetto ai valori di riferimento.

Il contestato scostamento emerge, secondo la prospettazione dell'appellante, dal fatto che i costi orari indicati dalla aggiudicataria sono inferiori di circa € 1 euro all'ora rispetto a quelli previsti dalle stesse Tabelle ministeriali della provincia di Brescia. Lamenta, ancora, l'appellante la valutazione di congruità della offerta effettuata sulla base del confronto operato dalla Stazione appaltante con costi indicati da altri operatori economici in altre procedure di gara, indette da altre Stazioni appaltanti.

Il motivo deve essere respinto.

Occorre muovere dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui: ...”la difformità dalle tabelle ministeriali non è profilo dirimente, in quanto in sede di valutazione della non anomalia dell’offerta i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un mero parametro di valutazione della congruità dell’offerta, perciò l’eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio di anomalia ed occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l’inattendibilità complessiva dell’offerta” (in termini Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5353).

In questa cornice va valutata la congruità dell'offerta della controinteressata, nella parte relativa al costo orario aggiungendosi che, nello specifico, la differenza con le tabelle ministeriali si colloca intorno a €. 0,80 – 0,90 e quindi, come del tutto condivisibilmente statuito dal giudice di primo grado, rimane ragionevolmente... *nell'intervallo di possibile giustificazione.*

La tesi dell'appellante appare, dunque, destituita di fondamento perché, dal confronto con le viste Tabelle ministeriali della Provincia di Brescia, il contestato scostamento della offerta della controinteressata non appare né ingiustificato né considerevole.

La divergenza tra l'offerta e le tabelle non è, infatti, sproporzionata in maniera significativa, tanto più che le viste Tabelle oltre ad esprimere, come si è accennato, un valore medio del costo del lavoro, non sono aggiornate alle novità normative. Non appare, quindi, irragionevole per le imprese concorrenti avvalersi di eventuali disposizioni sopravvenute incentivanti al fine di giustificare un costo orario lavorativo più contenuto - come nella specie è avvenuto - mediante il richiamo a norme di favore sulla riduzione delle aliquote come IRAP (3,9%), reso possibile dall'art. 1 comma 20 della legge 23 dicembre 2014 n. 190; ovvero all'azzeramento della voce relativa alla rivalutazione del TFR" e alla possibilità di dedurre "l'aliquota IRAP" più favorevoli, e tali da comprimere, come detto, il costo del lavoro.

Altrettanto influente ai fini di un'autonoma, diversa conclusione è poi, il rilievo dato all'appellante al regime del lavoro supplementare per la sostituzione degli assenti, giacché si tratta di una modalità organizzativa, come del resto la stessa appellante condivide, certamente legittima.

Anche sotto tale aspetto la sentenza è immune dai profili di erroneità lamentati dalla odierna appellante, dovendosi ritenere pienamente legittimo il ricorso all'istituto delle ore supplementari per abbattere i costi della manodopera.

Tutto ciò, mentre consente di disattendere il rilievo opposto dalla Pellegrini relativamente all'allegato abuso del ricorso al lavoro supplementare che, per sovvenire allo svolgimento di mansioni ordinarie, non avrebbe offerto sufficienti garanzie circa l'effettiva esecuzione della prestazione, accredita la conclusione cui è pervenuto il giudice di prime cure là dove ha escluso che l'offerta basata su tale forma di sostituzione degli assenti possa ritenersi aleatoria.

Sul punto la sentenza è ben motivata; non solo nella parte in cui è stato adeguatamente chiarito che la percentuale di ore annue, coperte tramite lavoro supplementare, è coerente con le tabelle ministeriali che stimano l'incidenza combinata delle principali cause di assenza (ferie festività permessi etc.) nel 24% delle ore annue teoriche, ma anche là dove vengono puntualmente indicati molteplici fattori (es. numero di lavoratori *part time* nell'azienda) che concorrono a garantire la sostituzione degli assenti da parte dei lavoratori disponibili, tanto più che nella specie come emerge dalla offerta tecnica della controinteressata la circostanza che il servizio debba essere prestato entro fasce orarie ridotte implica la prevalenza di personale assunto con contratto a tempo parziale.

Appare, dunque, del tutto ragionevole ritenere che in tale contesto ricorra un'alta possibilità di reperire dipendenti di secondo livello disponibili al lavoro supplementare certamente maggiore della quota stimata di ore da integrare (18,25%).

Il motivo, quindi, deve essere integralmente respinto perché la sentenza impugnata ha ben valutato la congruità dell'offerta sotto il profilo del costo della manodopera ai fini di gara.

Con un secondo motivo (pp. 16-22 del ricorso), ancora, l'odierna appellante lamenta che il primo giudice avrebbe erroneamente omissso di riscontrare l'insanabile contrasto tra il dato relativo alle "ore anno lavorate", indicato nell'offerta tecnica della aggiudicataria e quello dalla stessa dichiarato relativo alla

“produttività media”, da cui ne è conseguito un monte ore offerto allegatamente incongruo.

In dettaglio, l'odierna appellante ripropone la doglianza, formulata in primo grado, sul numero di ore annue necessarie per lo svolgimento del servizio offerto dalla aggiudicataria denunciandone un eccessivo dimensionamento, tenuto conto: *i.* delle superfici apparenti calcolate, *ii.* dell'ampiezza delle superfici da pulire, *iii.* delle fasce orarie in cui è possibile effettuare le pulizie in ciascuna delle predette aree, nonché del “coefficiente moltiplicativo”, ossia della frequenza con le quali le stesse devono essere pulite.

In estrema sintesi, l'istante lamenta l'indeterminatezza dell'offerta, in quanto, applicando gli indici di produttività del personale (mq/h), indicati nell'offerta tecnica della controinteressata, alla superficie delle aree da pulire, distinte in base al livello di rischio; e, moltiplicando il risultato per la frequenza delle pulizie stabilita nell'apposito allegato al capitolato tecnico, sarebbero risultate necessarie un numero di ore maggiore - stimato da un minimo di 68.571,93 ad un massimo di 152.005,30 ore annue - rispetto a quelle dichiarate dalla controinteressata nell'offerta tecnica (*b.* 54,644,28 annue).

Anche questo motivo è destituito di fondamento.

Occorre, anzitutto, muovere dalla costante giurisprudenza di questa Sezione (sentenza 2 settembre 2019, n. 6058) secondo cui: “il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione. ...Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo... fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica” (v., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 8

gennaio 2019, n. 173; Cons. St., sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572). Ne deriva che per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto, ciò che nel caso di specie, come *ex professo* sarà detto, non è affatto accaduto, in quanto non sono emersi detti travisamenti, pretestuosità o irrazionalità.

È ben vero, quindi, in linea di principio che il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica possa investire l'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti e contraddittorietà, ma nel caso in esame il giudice di primo grado ha ben analizzato la vicenda in contestazione allorquando non ha mancato di rilevare - dopo avere correttamente qualificato le modalità di calcolo del monte ore come *ipotesi organizzativa complessa basata su un piano di impiego razionale del personale entro fasce orarie rigide dalle strutture, ma con la flessibilità garantita dagli intervalli degli indici di produttività* - che non sarebbe stato ragionevole, riguardo allo schema di frequenza delle pulizie, applicare l'estensione del coefficiente pari a 2 a tutte le aree ad alto rischio.

In dette aree il coefficiente - là dove si proceda con un semplice ripasso - non può che essere ricompreso tra 1 e 2, in modo proporzionale alla frazione di impegno richiesta; diversamente argomentando ossia, omettendo di valutare le oscillazioni dovute a molteplici variabili che ricorrono nelle circostanze concrete di svolgimento del servizio (quali fasce orarie, superfici apparenti etc.) si sarebbe pervenuti a conclusioni irragionevoli e certamente poco realistiche.

Si è, infatti, in presenza - come ben evidenziato nella sentenza del giudice di primo grado - di ipotesi organizzativa complessa, piuttosto che di mero calcolo matematico, *basata su un piano di impiego razionale del personale entro fasce orarie rigide dalle strutture, ma con la flessibilità garantita dagli intervalli degli indici di produttività*.

Non si rilevano quindi errori manifesti, né profili di macroscopica irragionevolezza, tali da inficiare l'attendibilità della valutazione, conformemente all'orientamento interpretativo precedentemente richiamato riguardo ai limiti del sindacato giurisdizionale sulle offerte di gara.

Né a conclusioni diverse può, poi, giungersi, valorizzando il rilievo, riproposto dalla odierna appellante, secondo cui So.tr.af., nella tabella allegata all'offerta, relativamente alle aree ad alto rischio, ha riportato un "coefficiente moltiplicativo μ " pari, per l'appunto, a "2", essendo in proposito sufficiente rilevare che, tale affermazione - sebbene non felicemente formulata - non può che assumere, nell'ambito di un contesto organizzativo complesso significato essenzialmente esemplificativo.

La circostanza che la Pellegrini - gestore uscente e, quindi, *a fortiori* edotta della peculiarità del servizio - abbia offerto un numero di ore annue inferiore attesta, del resto, emblematicamente come il monte ore annuo non possa essere calcolato in maniera precisa, trattandosi piuttosto di *un ordine di grandezza con oscillazioni dovute alle variabili che ricorrono nelle concrete circostanze di svolgimento del servizio*.

Di qui l'infondatezza della censura in esame.

Con il terzo motivo (pp. 23-24 del ricorso) l'odierna appellante deduce, in via subordinata, la violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50 /2016, violazione della *par condicio*, oltre alla violazione dell'art. 97 Cost. da parte del primo giudice perché, a suo avviso, la scelta della stazione appaltante di prevedere l'attribuzione di 60 punti per l'offerta tecnica e 40 per quella economica, non sarebbe stata coerente con la formulazione del visto art. 95, successiva all'entrata in vigore del decreto correttivo che ha previsto il tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%.

La censura è tuttavia destituita di fondamento perché, fermo restando quanto condivisibilmente statuito dal giudice di primo grado riguardo ai criteri di

attribuzione del punteggio dell'appalto specifico che riproducono quelli dell'accordo quadro (perfezionatosi il 26.5.2016), indicati al paragrafo 13.4 del capitolato d'oneri di ARCA., l'appellante non è in grado di spiegare per quale ragione si sarebbe dovuto appesantire l'*iter* procedimentale, in violazione tra l'altro del generale principio di economicità dell'azione amministrativa e quindi del divieto di aggravio del procedimento.

Del resto, le regole sulla ripartizione dei punteggi, si sono consolidate anteriormente all'entrata in vigore del D.lgs. 56/2017, ossia alla data del 26 maggio 2016, di tal che il limite del 30% invocato dalla appellante, riferito al punteggio economico, non è applicabile nel caso in esame.

Di qui l'infondatezza del motivo.

E' del pari infondata la censura, anch'essa proposta in via subordinata, inerente alla violazione degli artt. 84 co.2 d.lvo 163/06 e 78 d.lvo 50/16, sul rilievo che nessuno dei Commissari avrebbe maturato una esperienza nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto e, più in generale, nel settore delle commesse pubbliche.

In sintesi, la ricorrente deduce la presunta incompetenza della commissione giudicatrice, essendo stati nominati tre commissari (ossia un medico specialista in Igiene e Medicina Preventiva e due infermieri titolari di posizione organizzativa e funzioni di coordinamento) asseritamente privi di esperienza relativo allo "specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto", contravvenendo a quanto stabilito dagli articoli 84 co.2 d.lvo 163/06 e 78 d.lvo 50/1677.

Anche prescindendo da ogni questione relativa all'esame analitico dei curricula uniti alla deliberazione n. 234/2019 con cui il direttore generale ha nominato ciascun commissario, appare dirimente che in relazione al servizio di pulizia e disinfezione degli ambienti dei presidi ospedalieri oggetto di gara non può che

prevalere rispetto alle conoscenze aziendalistiche i profili di interferenza del servizio di pulizia con le attività ospedaliere.

Ne consegue che non residuano margini di dubbio nel ritenere che i commissari nominati possano in base alle loro specifiche competenze – meglio richiamate negli allegati curricula - ben valutare le necessità dei vari ambienti dei presidi sanitari con riguardo particolare ai servizi di sterilizzazione e pulizia delle attività ospedaliere.

In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata, che ha correttamente ritenuto legittimo, con valutazione esente da censura, l'annullamento in autotutela dell'originaria aggiudicazione.

Le spese del presente grado del giudizio, stante la complessità anche tecnica della lite, possono essere interamente compensate tra le parti.

Rimane definitivamente a carico dell'appellante, per la soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Pellegrini S.p.a., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Pellegrini S.p.a. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2020, in modalità telematica, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO